



المجلد السادس عشر

قسم القواعد الفقهيّة



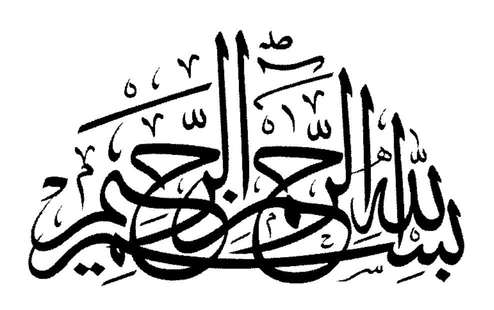


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013 م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية



المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الرابعة: قواعد في العقد وتوابعه

رابعًا: قواعد في أحكام العقد

رقم القاعدة: ٩٥٤

نص القاعدة: الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي، لَا لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الاعتبار في العقود بمقاصدها ومعانيها، لا بألفاظها[٢].

٢- العبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ[٣].

٣- العقود لا تعتبر باللفظ، وإنما تعتبر بالمعنى[٤].

٤- المرعي في العقود حقائقها ومعانيها، لا صورها وألفاظها[٥].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م/٣، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٥٥، قواعد الفقه للمجددي ص ٩١، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/ ٩٨٠، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/ ٥١٨. ووردت في المبسوط للسرخسي ١٤٦/٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٠٢/٥ بلفظ: "العبرة في العقود للمعاني، دون الألفاظ"، ووردت في بدائع الصنائع للكاساني ١٥٢/٣، وغمز عيون البصائر للحموي ٢٦٨/٢ بلفظ: "العبرة في العقود للمعاني، لا الألفاظ"، ووردت في الدر المختار للحَصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٤/ ٣٠٧ بلفظ: "العبرة للمعنى، لا للمبنى".

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩٨/٣٢. ووردت فيه أيضًا ١١٢/٣٠ بلفظ: "الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد، لا بمجرد اللفظ".

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥.

(٤) المنتقى للباجي ٢٨٢/٤.

(٥) زاد المعاد لابن القيم ١٨٢/٥.

٥- العبرة للمقصود في كل عقد، دون اللفظ[١].

٦- الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها؟[٢].

٧- هل الاعتبار بألفاظ العقود أو بمعانيها؟[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الأعمال بالنيات[٤]. (أعم).

٢- الاعتبار بالمقاصد، لا بالألفاظ[٥]. (أعم).

٣- الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني[٦]. (أصل للقاعدة).

٤- إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أم يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟[٧]. (أخص باعتبار شطرها الثاني)

٥- إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر، هل العبرة باللفظ أم بالمعنى[٨]. (أخص باعتبار شطرها الثاني).

٦- هبة الثواب حكمها حكم البيع[٩]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٥.

(٢) قواعد الحصني ١/٣٨٧، المجموع للنووي ٩/٢٠٢.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٧٤، الأشباه لابن الملقن ٢/١٨. ووردت في الأشباه للسيوطي ص١٨٣ بلفظ: "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟"، وكذا في المنثور للزركشي ٢/٣٧١ دون "هل".

(٤) هذه القاعدة لفظ حديث للنبي ﷺ، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مجامع الحقائق للخادمي ص ٤٥، ووردت في الشرح الصغير للدردير ٢/٢٧ بلفظ: "العبرة بالقصد، لا باللفظ". وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الموافقات للشاطبي ٢/٣٠٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.

(٧) قواعد ابن رجب ص ٤٨، القاعدة رقم: ٣٨.

(٨) المجموع المذهب للعلائي ٢/٤٥٤، قواعد الحصني ١/٤٠١، مختصر من قواعد العلائي ١/٢٥٣، ٢٩٦.

(٩) شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/١١٧. وورد في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٢ بلفظ:=

٧- إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك يكون قرضًا[١]. (أخص).

شرح القاعدة:

المعاني: جمع معنى، وهو الصورة الذهنية التي دل عليها اللفظ[٢].

والمراد بالمعاني في القاعدة: المدلول الذي يُفهم من جملة الكلام بسياقه وقرائنه.

العقود مبنية على القصود، وتابعة لها، و«قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات»[٣]، فإذا خلا العقد من القصد كان لغوا، وكذلك إذا تعارض القصد مع لفظ العاقد فهل يقدم اللفظ أم القصد؟ هذا ما تبينه القاعدة.

والأصل في القصد واللفظ أن يردا متحدين متطابقين فيما يباشره العاقدان، فإذا ظهرت مطابقة القصد للفظ وجب حمل الكلام عليه، لكن إذا اختلفا، ولم يتحدا فهل العبرة حينئذ بمجرد الألفاظ، أم العبرة بالمقاصد والمعاني؟ ومما لا شك فيه أن كل لفظ قد وُضع في أصل اللغة للدلالة على معنى بعينه، وقد خُصص لكل عقد لفظ يدل على موضوعه وأحكامه بحسب الوضع أو الشرع، فهل يمكن استعمال لفظ عقد في عقد آخر؟ وإذا استعمل ووقع اللفظ في غير موقعه، فهل يعتد باللفظ المنطوق أو بالمعنى المقصود؟

= "حكم هبة الثَّوَاب كحكم البيع". وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الهبةُ بشرط العِوَضِ بمنزلة البيع".

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٨/٧. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) انظر: الكليات للكفوي ص ٨٦٠، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٣٥٨/١، اللباب للميداني ١١/١.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٧٩/٣.

وإذا استبدل الناس صيغا أخرى بهذه الصيغ وتعارفوا عليها، فهل يصح استعمال تلك الصيغ المستحدثة؛ لأن القصد من الصيغة مدلولها، أم لا بد من التقيد بالألفاظ المخصصة للعقد، ولا يصح العقد إلا بها؟

فتفيد القاعدة: أن المعتبر في ذلك هو القصد والمعنى الذي يدل عليه جملة كلام العاقد بسياقه وقرائنه، دون مجرد الألفاظ؛ لأن المعنى هو المقصود الحقيقي، والألفاظ إنما هي قوالب للمعاني، ووسيلة للتعبير عنها، وطريق للإفصاح عن القصد، والكشف عن المراد، والعبرة بالمقصود، لا بوسيلته الدالة عليه الكاشفة عنه؛ فالبيع ينعقد بكل لفظ يدل على ملك الأعيان بعوض، وعرف المتعاقدان مقصوده، فلو أخذ أحد شيئًا من البائع، وأعطاه مالا، وقال له: امسك هذا المال عندك كان بيعا، وإذا قال شخص لآخر: وهبت لك هذه السيارة بألف، كان هذا عقد بيع، ولا يمنع من ذلك التعبير بلفظ «وهبت»، الذي هو صريح في الهبة؛ لأن العبرة للقصد والمعنى، وكذلك الإجارة تنعقد بكل ما يدل على ملك المنافع بعوض، والهبة تنعقد بكل ما يدل على ملك العين بلا عوض، وهكذا الحكم في جميع العقود، إذا ظهر القصد كان الاعتبار له، ويقيد اللفظ به، ويرتب الحكم بناء عليه، ولا يضر تنوع العبارات إذا عرف المعنى المقصود.

واعتبار القصد وتقديمه على اللفظ في العقود ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بمطابقته للمعاني المستفادة من جملة الكلام بسياقه وقرائنه، والأحوال المصاحبة للعقد أو السابقة له، ولذلك ورد التنصيص على المقاصد مقرونا بالمعاني في صيغة القاعدة وبعض الصيغ الأخرى، وبناء على ذلك إذا اختلف القصد والمعنى، ولم يتحدا كان الحكم للمعنى على القصد؛ كما في إيداع المال في البنوك وصناديق التوفير باسم الودائع تحت الطلب فإن حكمه حكم القرض، ومجرد اسم الوديعة، وقصد المودِع إيداع ماله في البنك لحفظه، لا يغير من حقيقته؛ إذ لو كان هذا المال وديعة حسب المصطلح الشرعي، لما جاز

للبنوك استثمار الوديعة، ولا استغلالها؛ لأن الوديعة لا يسوغ التصرف فيها، والوديع يعتبر أمينا لا ضمان عليه عند تلف الأمانة بدون تعد منه، ولكنه من المعلوم أن البنوك تستثمر الودائع في تمويلات تقدمها إلى عملائها وتتصرف فيها، وتضمنها، وترد مثلها عند الطلب، وبذلك يكتسب هذا الإيداع حكم القرض، ولا يغير من حقيقة الحكم قصد ما يخالف الواقع؛ إذ العبرة للمعنى.

وإدراك المعاني والحكم بها لا يكون إلا بوجود قرينة تدل عليها، سواء أكانت قرينة لفظية تصرف اللفظ عن ظاهره، وتُكسبه حكم عقد آخر، كما إذا شرطا براءة الأصيل في الكفالة، فتكون حوالة؛ بقرينة براءة الأصيل، أو كانت قرينة عرفية تفسر اللفظ وتحمله على غير حقيقته، فقد صرح الفقهاء بأن «الحقيقة تترك بدلالة العادة»(١)، وأن «كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات»(٢)، ولا يحمل على المعهود شرعًا أو لغة، ومن ذلك ما ذكره الفقهاء من انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف، كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء، وكذا انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرف أهل الشام(٣)، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «تنعقد العقود بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس بيعا أو إجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال»(٤).

ولهذه القاعدة تأثير كبير في تصحيح بعض العقود، وفي إصلاح بعض فسادها إذا أمكن تحويلها إلى عقد آخر صحيح عن طريق اعتبار المعنى، ومن

(١) المجلة العدلية م/٤٠، درر الحكام لعلي حيدر ٤٨/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٣١.
(٢) الذخيرة للقرافي ٢٢/٤.
(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٥٥.
(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/٢٩.

ذلك ما لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال: بعتك منفعة هذه الدار شهرًا، فإن راعينا المعنى انعقد إجارة، أو اللفظ، فلا تصح؛ لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين، فذكره في المنفعة مفسد[١].

والقاعدة متفرعة عن قاعدة: «الاعتبار بالمقاصد، لا بالألفاظ»؛ لأنها تطبيق لها في مجال العقود، من حيث إنها تفيد أن أحكام العقود يرجع فيها إلى نية العاقد وقصده، لا إلى مجرد لفظه. وهي محل إعمال عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في الجملة، فالعبرة عندهم بالمعنى المقصود، لا باللفظ المنطوق، ولذلك عبروا عن القاعدة بالأسلوب الخبري؛ لأن معناها ومدلولها متفق عليه بينهم؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد، لا بمجرد اللفظ، هذا أصل أحمد، وجمهور العلماء، وأحد الوجهين في مذهب الشافعي»[٢]. أما الشافعية فإنهم يرجحون اللفظ على المعنى في كثير من المسائل، ولذلك يذكرون القاعدة بصيغة مقرونة بالاستفهام، والترجيح عندهم مختلف في الفروع، كما قال السيوطي[٣]، فيراعى اللفظ تارة، والمعنى تارة، وذلك حسب المدرك، والضابط عندهم في هذه المسألة هو ما نقله ابن السبكي عن ابن الرفعة: «أن ينظر إلى اللفظ عند بُعد المعنى، وإلى المعنى عند قربه»[٤]، وضبطه الزركشي بقوله: «والضابط لهذه القاعدة أنه إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور، كبعتك بلا ثمن، وإن لم يتهافت، فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها، أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر، كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا الشيء، فالأرجح اعتبار الصيغة؛ لاشتهار السلم في بيوع الذمم، وإن لم يشتهر، بل كان المعنى هو

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٧، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٢٤/٦، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ٦٨/٣.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٠٠/٥.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٦.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٧٦/١.

المقصود؛ كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعا، وإن استوى الأمران فوجهان، والأصح اعتبار الصيغة؛ لأنها الأصل، والمعنى تابع لها»[١].

وجمهور الفقهاء مع أخذهم بالقاعدة كأصل اختلفوا في تطبيقها في مختلف العقود، فطبقوها في بعضها، ولم يطبقوها في بعض، وذلك حسب اختلاف طبيعة هذه العقود.

وفقهاء الحنابلة لهم قول آخر يخالف القاعدة؛ قال ابن تيمية: «وأما أحمد بن حنبل فإن أصوله ونصوصه وقول جمهور أصحابه أن الاعتبار في العقود بمعانيها، لا بالألفاظ، وفي مذهبه قول آخر: أنه تختلف الأحكام باختلاف الألفاظ، وهذا يذكر في التكلم بلفظ البيع، وفي المزارعة بلفظ الإجارة، وغير ذلك»[٢]، وزاده توضيحا في موضع آخر من فتاواه فقال: «ومن الفقهاء من يجعل اختلاف العبارات مؤثرًا في صحة العقد وفساده، حتى إن من هؤلاء من يصحح العقد بلفظ دون لفظ؛ كما يقول بعضهم: إن السلم الحال لا يجوز، وإذا كان بلفظ البيع جاز، ويقول بعضهم: إن المزارعة على أن يكون البذر من العامل لا تجوز، وإذا عقده بلفظ الإجارة جاز، وهذا قول بعض أصحاب أحمد وهذا ضعيف»[٣]، وبهذا يظهر أن موضع الخلاف هو ما نص عليه الحافظ ابن رجب بقوله: «إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك؟ أم يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ وفيه خلاف، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟»[٤].

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٣٧٤. بتصرف يسير.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣/١٥٤.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٥١.

(٤) قواعد ابن رجب ص ٤٨، القاعدة: ٣٨.

أدلة القاعدة:

١- لأن العقود ليست من باب العبادات التي يشرع فيها التعبد بالألفاظ، بل هي من باب العادات التي تصح من البر والكافر، ولم يشرع الله ورسوله ﷺ لنا التعبد بألفاظ معينة فيها، لا نتعداها، فلا يرتبط صحتها وجوازها بلفظ معين، وإنما يتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان[١].

٢- قاعدة: «الاعتبار بالمقاصد، لا بالألفاظ»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال رب المال للمضارب: خذ المال مضاربة، والربح كله لك فهو قرض، لا مضاربة، ويكون المال مضمونا عليه؛ لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها ومقاصدها، لا بألفاظها[٣].

٢- بيع الوفاء - وهو: أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً لآخر، على أنه متى أعاد له الثمن استرد العقار المبيع، وفسخ البيع - حكمه حكم الرهن عند طائفة من فقهاء الحنفية، فلا يملك المشتري المبيع، ولا ينتفع به، ويضمن ما استهلكه من عينه، ويسقط الدين بهلاكه؛ وذلك لأن المقصود به إبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين، أي رد البائع الثمن على المشتري، وهو معنى الرهن؛ والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمعاني[٤].

٣- إذا ادعى شخص على آخر شيئًا، فأقر به المدعى عليه، ثم صالح

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٠٨/٣٣، إعلام الموقعين لابن القيم ٣٢٦/١.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٢٢، بدائع الصنائع للكاساني ٨٦/٦.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٨٣/٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢١/١.

المدعي على منفعة تكون بدلا للعين؛ كسكنى دار، فيأخذ الصلح حكم الإجارة؛ لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال؛ والاعتبار في العقود لمعانيها، لا لألفاظها، فيشترط التوقيت فيها، ويبطل العقد بموت أحد العاقدين في أثناء مدة الإجارة[١].

٤- لو قال شخص لآخر قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان، على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين فإن هذا العقد يأخذ حكم عقد الكفالة، ولا يكون حوالة؛ لأن الحوالة هي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة، والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى، فأصبح المحال عليه كفيلا بالدين، والمدين أصيلا، وهو معنى الكفالة؛ والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[٢].

٥- لو اشترى شخص من بقّال سلعة، وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البقال، بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه، ولا يحق للمشتري استرجاعها من البائع قبل ذلك، لأن العقد وإن كان لفظه أمانة إلا أن معناه ومآله رهن، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[٣].

٦- لو قال: اشتريت منك قفيزًا من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب، وقبض رأس المال، وبيّن الأجل، ومكان الإيفاء: يكون سَلَمًا، وإن لم يذكر

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/ ١٩٠، اللباب في شرح الكتاب للميداني ٢/ ١٦٣.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٢١ - ٢٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٦٠-٦١. وانظر أيضًا: المبسوط ٢٠/ ٤٦.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٢١.

لفظ السَّلم، لأن العبرة في العقود بالقصد والمعنى، لا باللفظ والمبنى[١].

٧- إذا قال البائع: أعطيتك هذا الشيء بكذا، أو هو لك بكذا، أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت ونحو ذلك صح البيع؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع، وهو المبادلة، والعبرة في العقود للمعنى، لا للصورة[٢].

٨- شهادات - أو سندات - الاستثمار[٣] هي في حقيقتها نوع من الإقراض، حيث تقوم الجهة المصدرة لها باجتذاب القروض من أصحاب الأموال تحت إغراء الفائدة، التي تارة ترد إلى رأس المال فتزيد قيمة الشهادات، كما في الشهادات ذات القيمة المتزايدة، وتارة يأخذها المقرض أولا بأول كل ثلاثة أشهر أو ستة أشهر، أو المدة المتفق عليها بينهما، كما في الشهادات ذات العائد الجاري، فالتعامل بها محرم شرعًا، لأنها تمثل قروضًا شرطت فيها الزيادة، سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة، ولا أثر لتسميتها شهادات، أو صكوكًا استثمارية أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحًا أو ريعًا أو عمولة أو عائدًا؛ لأن العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها، وليس بأسمائها[٤]، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة[٥].

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٧٩/١٢.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٣/٥.
(٣) شهادة - أو سند- الاستثمار: هي ورقة مالية تصدرها الدولة أو البنوك أو المؤسسات كوثيقة عن القرض الممنوح لها، تعطي مالكها حق الحصول على قيمة القرض كاملة عند الاستحقاق، بالإضافة إلى فوائد ثابتة في فترات محددة. انظر: القاموس الاقتصادي ص ٢٦٠، تعريب: الدباس، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لآل سليمان ٢٠١/١، المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلي ص ٣٦٤.
(٤) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٥٣١/١، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه لأحمد الخليل ص٢٩١.
(٥) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٢٠٠، القرار رقم: ٦٠ (٦/١١).

٩- حسم الأوراق التجارية[١] (Discounting) الذي تمارسه المصارف الربوية، والمقصود منه: حطٌّ قدر من القيمة المؤجلة للورقة التجارية؛ لتعجيل دفع باقي هذه القيمة، مع توكيل المقترض للدائن في استيفاء القرض من محرر الورقة التجارية، هو في حقيقته صورة من صور الربا؛ لأن قصد المتعاملين بهذه المعاملة هو القرض والاستيفاء في الآجل، والعقود مبناها على القصود والمعاني، لا على الألفاظ والمباني[٢]، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) خصم الأوراق التجارية هو: عملية مصرفية يقوم بموجبها حامل الورقة التجارية - كالشيكات والسندات لأمر وسندات السحب- بنقل ملكيتها عن طريق التظهير إلى المصرف، قبل موعد الاستحقاق مقابل تعجيل المصرف قيمتها له مخصوما منه مبلغا معينا يتناسب مع الأجل الذي يحل عنده موعد استحقاقها. انظر: أحكام الأوراق التجارية للخثلان ص٢٥٢، الأعمال المصرفية للهمشري ص ١٩١.

(٢) انظر: الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد السراج ص ١٠٢، ١٠٣، موسوعة الندوي ١/٥٣٢، تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص٢٨٤.

(٣) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٢٢٢، القرار رقم: ٦٤ (٢/٧).

رقم القاعدة: ٩٥٥

نص القاعدة: الأَصْلُ حَمْلُ الْعُقُودِ عَلَى الصِّحَّة[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقود في الظاهر محمولة على الصحة[٢].

٢- العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرًا إلى أن يتبين خلافه[٣].

٣- تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب[٤].

٤- العقود أصلها الصحة حتى يثبت الفساد[٥].

٥- العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد[٦].

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٦٦/٢٩. ووردت القاعدة في المعيار المعرب للونشريسي ١٩٥/٥ بلفظ: "الأصل الصحة وحمل العقود عليها".

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٢/٢١.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٤١٢/٢. ووردت في المنثور أيضًا ٣١٧/١ بلفظ: "الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة".

(٤) المبسوط للسرخسي ١٣٥/٢٠، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٢٥.

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٤٦/١.

(٦) المغني لابن قدامة ٤٤/٤. ووردت في المغني لابن قدامة ٣١٨/٥ أيضًا بلفظ: "العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده".

٦- الأصل في العقود الصحة[١].

٧- مطلق العقود الشرعية محمولة على الصحة[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن[٣]. (أعم).

٢- أحكام الدنيا على الظاهر[٤]. (أصل للقاعدة).

٣- الأصل في العقود الجواز[٥]. (مكملة).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة أصل من أهم أصول المعاملات، حيث يستند إليها في تصحيح كثير من التصرفات، وتدل على يسر وسماحة التشريع الإسلامي.

والمراد بالأصل هنا: الظاهر[٦] أو الغالب[٧]، ولذلك نجد من الفقهاء من عبر عن القاعدة بلفظ «الظاهر» كابن الوكيل في أشباهه[٨]، والقرافي في فروقه،

---

(١) المبسوط ٩٢/٢٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٨١/٥، القواعد لابن رجب ص ٣٤٠. ووردت في العناية شرح الهداية للبابرتي ٦٣/٧ بلفظ: "الصحة في العقود أصل". ووردت في التجريد للقدوري ٢٩٥٣/٦ - ٢٩٥٤ بلفظ: "العقود على الصحة مع التجويز، ولا تصح إذا لم يكن لها وجه في الجواز".

(٢) المبسوط للسرخسي ٧٢/٢٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٧/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) التمهيد لابن عبد البر ١٥٧/١٠، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٤٦/١٠، فتاوى الرملي ٣٥٦/٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه".

(٥) الفروع لابن مفلح ٤٣٠/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) كما قاله ابن السبكي في الأشباه والنظائر ٢٥٣/١.

(٧) كما قاله التسولي في البهجة شرح تحفة ابن عاصم ٩١/٢.

(٨) انظر: أشباه ابن الوكيل ١٨٣/٢.

ولفظه: «ظاهر عقود المسلمين: الصحة»[١]، والسيوطي في أشباهه ولفظه: «الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع»[٢]، ومنهم من عبّر عنها بـ «الغالب» كالزركشي: «الغالب في العقود أنها على الصحة»[٣].

والعقود: جمع عقد، وأصله في اللغة: الربط الذي هو نقيض الحل، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما، وشد أحدهما بالآخر، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة[٤]، وهو يطلق على ما فيه ربط حسي، كعقد الحبل، وعلى ما فيه ارتباط معنوي كعقد النكاح والبيع[٥].

والعقد في اصطلاح الفقهاء: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[٦].

وللعقد استعمال آخر أعم من هذا عند بعض الفقهاء، فيطلقونه على جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين، أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد ألزم نفسه بالتزام شرعي خاص، كاليمين والوقف والنذر[٧].

والمعنى الخاص هو الأكثر تداولا واستعمالا، وهو المتبادر عند إطلاق كلمة العقد، أما المعنى العام فلا تدل عليه كلمة العقد إلا بتنبيه يدل على التعميم[٨].

---

(١) الفروق للقرافي ٤/ ٧٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٧.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ١/ ١٥٥.

(٤) انظر: لسان العرب لابن منظور ٩/ ٣٠٩، القاموس المحيط للفيروز آبادي ١/ ٣١٥، المصباح المنير للفيومي ص ٤٢١ (عقد).

(٥) انظر: مفردات القرآن للراغب الأصفهاني ص ٣٤١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/ ٣٢.

(٦) مرشد الحيران لقدري باشا ص ٤٩. وانظر: المدخل الفقهي للزرقا ١/ ٢٩١، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٨٥.

(٧) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٨٥، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٨٦.

(٨) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ١٧٥.

وأما الصحة في العقود، فهي ترتب الأثر المقصود من العقد عليه، فالبيع الصحيح هو الذي ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويثبت حرية التصرف فيه، والنكاح الصحيح هو المبيح للاستمتاع بالمنكوحة، ونحو ذلك.

ومعنى القاعدة: أن الأصل في العقود الجارية بين الناس حملها على الصحة والسداد ما أمكن حتى يثبت خلافه، فإذا ادعى أحد العاقدين فساد العقد، وادعى الآخر صحته، ولا بينة لأحدهما؛ فإن القول قول مدعي الصحة، وإذا تردد عقد بين الصحة والفساد ووقع الشك فيه، ولا مرجّح لأحد الأمرين فإنه يحكم بصحته حتى يثبت خلافه؛ إذ «الصحة مقصود المتعاقدين، ومتى أمكن تحصيل مقصودهما - بطريق جائز شرعا- يحمل مطلق كلامهما عليه، ويجعل كأنهما صرحا بذلك»[(١)].

والحكم بالصحة إنما يكون في العقود المطلقة أو المبهمة المترددة بين الصحة والفساد، أما إذا صرح العاقدان بإحدى الجهتين، فالعبرة للتصريح، كما قال الكرخي: «الأصل أن المتعاقدين إذا صرحا بجهة الصحة صح العقد، وإذا صرحا بجهة الفساد فسد، وإذا أبهما، صرف إلى الصحة»[(٢)].

وإعمال هذه القاعدة مقيد بعدم غلبة الفساد، فأما إذا فسدت ذمم الناس، وأصبحوا لا يبالون بحدود الشرع، حتى غلب الحرام في عقودهم ومعاملاتهم، وأصبح معروفا من حالهم، فيكون الحمل على الفساد حينئذ هو الأصل؛ كما قال الخرشي: «إذا اختلفا في صحة العقد وفساده فإن القول قول مدعي الصحة، إلا أن يغلب الفساد، كأن يدعي أحدهما فساد الصرف أو المغارسة، وادعى الآخر الصحة فالقول قول مدعي الفساد؛ ترجيحا للغالب»[(٣)]، وقال الولاتي:

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٨٧.
(٢) أصول الإمام أبي الحسن الكرخي ص ١١٣ مع تأسيس النظر.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٠٠.

«الأصل صحة المعاملة، إلا أن يغلب الفساد فيكون هو الأصل حينئذ»[١]، وهو ما قرره التسولي أيضًا بقوله: «إذا غلب في زمان أن الجعل والمزارعة والمغارسة والرهن والشركة وبيع الثمار لا يقع إلا على الوجه الفاسد، فإنه يترجح قول مدعيه على مدعي الصحة؛ لأنه الغالب»[٢].

وهذه القاعدة متفرعة عن القاعدة العامة الكبرى: «أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن»[٣]. وهي محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، ولكن قد يختلف الفقهاء في كثير من مسائلها، بسبب اختلافهم في الترجيح عند تعارض القاعدة مع ظاهر أو أصل آخر.

ومما ينبغي التنبه له أن بعض الفقهاء قد يستخدم الصحة بمعنى الإباحة والجواز، وهذا المعنى منبثق من الأصل العام: «الأصل في الأشياء الإباحة»[٤]، أو: «الحل هو الأصل في الأشياء»[٥]، وهو يخص ما يعرف بحرية التعاقد، وأن للناس أن يعقدوا من العقود ما يرون، وكيفما يشاؤون إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، ولم يشتمل على مفسدة راجحة؛ لأن الأصل في العقود المسكوت عنها الإباحة والحل، فهي تدل على أن العقد إذا لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريمه فهو صحيح جائز، بخلاف قاعدة: «الأصل حمل العقود على الصحة»، فمعناها أن العقد بعد ثبوت مشروعيته في الأصل، وكونه من العقود المقبولة والمعتبرة، إذا وقع النـزاع في وقوعه على وجه الصحة باستيفاء شروطه وأركانه أو الفساد بإخلال في أسسه

---

(١) الدليل الماهر للولاتي ص ٢٣٢.

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/ ٩١ بتصرف.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢١٧.

(٤) التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/ ٢٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠، وموسوعة القواعد المالية للندوي ١/ ٣٩٠.

(٥) فتح القدير لابن الهمام ٧/ ٣.

وبنيانه، ولا مرجح لأحد الأمرين؛ فإنه يحمل على الصحة. وقد أورد هذا الإشكال ابن السبكي على اختيار والده في مسألة: «هل الأصل في العقود الصحة أو الفساد؟» فقال: «وقد يقال إنه معارض لقول الأصحاب: الأصل الصحة»، ثم أجاب عنه بقوله: «وليس كذلك؛ فإن مورد الكلامين مختلف، فما قاله في التحقيق معناه أن العقود الجارية بين الناس – وإن لم يجرِ فيها تنازع بين المتعاقدين – أصلها الصحة أو الفساد، ومعنى قولهم في باب اختلاف المتبايعين: «القول قول مدعي صحة العقد» – إذا تنازع المتعاقدان في العقد الواقع بينهما، أوَقَع على وجه صحيح أو فاسد؟»[١].

أدلة القاعدة:

١- لأن حُسن الظن بالمسلمين واجب، فلا يجوز إساءة الظن بالمسلم إذا فعل فعلا أو قال قولا، ونحن نجد لفعله أو كلامه وجهًا شرعيًّا صحيحًا نحمله عليه[٢].

٢- قاعدة: «أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن»[٣]، وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ادعى البائع أنه كان صبيًّا وقت العقد فالعقد فاسد، وأنكر المشتري ذلك، فالقول قول المشتري؛ لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة، دون الفساد[٤].

٢- إذا ادعى أحد الزوجين صحة النكاح، ووقوعه في حال الرشد،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٥٤، باختصار.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٤٨، المبسوط ٧/٨٦، الذخيرة للقرافي ٦/٥٣.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٤٠، القواعد لابن رجب ص ٣٤٠، الإنصاف للمرداوي ١٢/١٣٠.

وادعى الآخر فساده؛ ووقوعه في حال السفه، ولا بينة لأحدهما، فالقول لمدعي الصحة؛ لأنها الأصل(١).

٣- إذا اختلفا المتبايعان، فادعى أحدهما فساد العقد لوقوعه بثمن إلى أجل مجهول، وأنكر الآخر، وادعى أن الأجل في الثمن معلوم؛ فالقول قول مدعي الصحة منهما مع يمينه؛ لاعتضاده بالأصل(٢).

٤- لو قال أحد المتصارفين: تفرقنا قبل القبض، فادعى فسخ العقد لفساده، وأنكره الآخر، فالقول قول مدعي الصحة؛ لأن الأصل معه(٣).

٥- إذا ادعى أحد المتعاقدين فساد العقد؛ لأنه أكره عليه، ولا بينة له، وأنكر الآخر، فالعبرة بقول المنكر؛ بناء على أن الأصل في العقود الصحة، فلا يثبت خلافه إلا ببينة(٤).

٦- لو باع الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع في الأرض قبل أن يشتد، ثم اختلفا هل شرطا القطع أم لا فالقول قول مدعي الصحة؛ فيحمل على أنهما شرطا القلع(٥).

٧- إذا ادعى المؤجر فساد العقد، وأنكر المستأجر ذلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة(٦).

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٣٧/٣.

(٢) انظر: التلقين للقاضي عبد الوهاب ١٥٧/٢.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ١٠٦/٢.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٦/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٣٩/٣.

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ١٦٩/٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥١٣/٢.

(٦) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٨٩/٣٠.



رقم القاعدة: ٩٥٦

نص القاعدة: الْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ اللُّزُوم[١].

ومعها :

اللزوم أصل في المعاوضات.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- مقتضى العقد اللزوم[٢].

٢- اللزوم في العقود أصل[٣].

٣- الأصل هو لزوم العقد وانبرامه[٤].

٤- الأصل لزوم العقد[٥].

---

(١) الفروق للقرافي ٢٦٩/٣، الذخيرة للقرافي ٤٠١/٤، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١٠٥/٢، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٩٤/٢، قاعدة في العقود لابن تيمية ص ٧٩، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢٤١/١، شرح النيل لأطفيش ٢٥٠/٩. ووردت القاعدة في العناية للبابرتي ٣٥٩/٦، رد المحتار لابن عابدين ٥٩٤/٤ بلفظ: "الأصل في العقد اللزوم".

(٢) المبسوط للسرخسي ٩٣/١٣.

(٣) المنهج المنتخب مع شرح المنجور ٩٠/٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٢/٥.

(٥) الأشباه لابن نجيم ص ٦٣، الأشباه للسيوطي ص ٥٨، الفروق للقرافي ٣٢/٤، العناية للبابرتي ٣٥٢/٦، المجموع للنووي ٢٢٨/٩، المغني لابن قدامة ٢٠/٤.

٥- مطلق العقد يقتضي اللزوم[(١)].

٦- المقصود من العقد اللزوم[(٢)].

٧- موجب العقد اللزوم[(٣)].

قواعد ذات علاقة :

١- ما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض[(٤)]. (مكملة).

٢- كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه[(٥)]. (مكملة).

٣- اللزوم أصل في المعاوضات[(٦)]. (أخص).

٤- العقد اللازم لا ينفسخ بالموت[(٧)]. (أخص).

٥- العقد اللازم لا ينفسخ لمعنى في غير المعقود عليه[(٨)]. (مكملة).

٦- الضرر عذر في فسخ العقد اللازم[(٩)]. (مكملة).

٧- العقود المحرمة لا تقع لازمة[(١٠)]. (قاعدة مستثناة).

٨- اللزوم يعتمد تمام الرضا[(١١)]. (مكملة).

---

(١) المبسوط ١٢٣/٢٤.

(٢) حاشية نهاية المحتاج للشبراملسي ٣٤٤/٦.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ٣٤٩/٥. ووردت في الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٤١/٣ بلفظ: "موجب العقد لزوم ما التزمه".

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٤٠٦/٢ ، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) بدائع الصنائع ١٧١/٤.

(٦) المبسوط ٧٩/١٥، فتح القدير لابن الهمام ١٦٥/٦ ، يأتي الكلام عنها مفصلا في تطبيقات القاعدة.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ١٩/٦.

(٨) التجريد القدوري ٣٥٧٩/٧.

(٩) المبسوط ٢٥/٢٣-٢٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(١٠) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٥٦/٣.

(١١) المبسوط ٧١/١٣. ووردت القاعدة في مصادر الحق للسنهوري ٢٥٠/٤ بلفظ: "لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا"، وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات"، في قسم القواعد الفقهية.

٩- الأصل في البيع اللزوم[١]. (أخص).

شرح القاعدة:

العقد هو: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[٢].

واللزوم في اللغة: الثبات والدوام، يقال: لزم الشيء لزوما: إذا ثبت ودام، ولزمه المال: وجب عليه[٣]؛ قال ابن فارس: «اللام والزاء والميم أصل واحد صحيح، يدل على مصاحَبة الشيء بالشيء دائمًا»[٤].

والعقد اللازم هو: العقد الذي لا يستقل بفسخه أو التغيير فيه أحد طرفيه إلا برضا الآخر، أو بسبب شرعي موجب لذلك، ما لم يكن لازمًا لأحدهما فيختص الحكم به.

واللزوم في العقود مبدأ ضروري، يكسب العقد صفة الاعتبار والاحترام، ولولاه لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال واستقرار نظام الاكتساب، وتملك الملاك، ولاضطربت وجوه البيع والشراء والتعامل بين الناس[٥].

ومعنى القاعدة: أن الأصل في العقود الجارية بين الناس من بيع وشراء وإجارة ومناكحة ومصالحة وغيرها أنها متى تمت صحيحة فإنها تكون لازمة لطرفيها، فيجب على كل من المتعاقدين الوفاء بمقتضاها والالتزامات المترتبة عليها، ولا يجوز لأحدهما التحلل منها أو الرجوع فيها ونقضها أو تغييرها بزيادة

---

(١) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٣١.

(٢) مرشد الحيران لقدري باشا ١/١٣٩، وانظر: المدخل للزرقا ١/٢٩١، وأحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٨٥.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٢/٥٤١، المصباح المنير للفيومي ٢/٥٥٢، مادة: (لزم).

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٤٧٥.

(٥) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٢١.

أو نقص إلا برضا الطرف الآخر، سواء أكانت التزامات ناشئة بطبيعة العقد؛ كتسليم المبيع والثمن في البيع، ووجوب النفقة والكسوة في النكاح، وثبوت الدين في ذمة المحال عليه في الحوالة، أم نشأت بمقتضى الشروط المقترنة بالعقد؛ كمن اشترى سيارة واشترط على البائع إصلاحها مدة العقد، وذلك «لأن العقود إنما تعقد لمقاصد وأغراض، وإشباع حاجات، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازما على كلا طرفيها»[١]، هذا إذا كان العقد لازما من الطرفين، أما إذا كان لازما من أحدهما؛ فلا يصح الفسخ أو التغيير إلا بموافقة من له الحق؛ كما إذا استدان أحد من شخص مبلغا من المال، ورهن فيه السيارة التي يملكها، فإن الرهن يكون لازما بمجرد العقد، ولا يمكن للراهن أن يتصرف في سيارته وإن كانت بيده، ولا أن يفسخ الرهن.

ولكن العقود اللازمة ليست على درجة واحدة في وقت لزومها، بل هي على قسمين:

الأول: عقود تلزم بمجرد العقد، ولا تفتقر في لزومها إلى القبض؛ وهي عقود المعاوضات المالية من البيع والإجارة ونحوهما، وعقود المعاوضات غير المالية، وهي التي يكون فيها مبادلة المال بما ليس بمال؛ كالنكاح والخلع. إلا أنه وقع الخلاف بين الأئمة في المعاوضات المالية هل تلزم بالقول أو يتأخر لزومها إلى انتهاء مجلس العقد، فذهب الحنفية والمالكية ومن وافقهم[٢] إلى أن العقد يصبح لازمًا بمجرد تمام الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، ولا يحق لأحد العاقدين فسخه ولو في مجلس العقد إلا إذا تراضيا على ذلك، ولذلك وردت القاعدة عند المالكية بصيغة: «الأصل في العقود اللزوم بالقول»[٣].

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٩.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٥٧، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٧٠، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩، المدخل الفقهي للزرقا ١/٥٢٢.

(٣) شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢/٦٩٣.

وذهب عامة السلف والشافعية والحنابلة وابن حبيب من المالكية والظاهرية[١] إلى أنه لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما، ولهما حق الإمضاء أو الفسخ ما داما في المجلس ولم يخير أحدهما الآخر.

الثاني: عقود تفتقر في لزومها إلى القبض، وهي العقود التي يشترط القبض في تمامها؛ سواء أكان القبض مقيدًا بمجلس العقد؛ كما في عقد الصرف وما في حكمه من الأموال الربوية، أم كان مطلقًا غير مقيد بالمجلس؛ كعقود التبرعات، فاللزوم لا يحصل فيها إلا بالقبض عند الجمهور، فلا تلزم الهبة والصدقة وغيرها من التبرعات إلا بالقبض؛ كما هو مقرر في قاعدة: «التبرع لا يتم إلا بالقبض»[٢].

أما المالكية فذهبوا إلى أن: «التبرع يلزم المتبرع بالقول»[٣]، إلا أنه يفتقر في تمامه واستقراره إلى الحوز، قال المنجور: «كل ما ينتقل ملكه بغير عوض فلا بد فيه من الحوز، وبه يكون تمامه، فلو مات المتبرع، أو فلس قبل الحوز بطل التبرع»[٤]، وذهب الظاهرية إلى أنه يلزم بمجرد القول، ولا يبطل بالموت أو غيره[٥].

ولزوم العقد له تأثير كبير في باب العقود من حيث استقرارها وحصول المقصود منها، ويتجلى ذلك من الأحكام المترتبة عليها، وهي تختلف باختلاف المقصود من العقد، منها:

---

(١) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/١٧٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٤٣، المغني لابن قدامة ٤/٥، ٦، المحلى لابن حزم ٧/٢٣٣.

(٢) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٣٠٦، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٤٨١.

(٣) فتح العلي المالك لمحمد عليش ٢/٢٨١.

(٤) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٤٣٤.

(٥) انظر: المحلى ٨/٦٢ -٧١.

١- لزوم العقد يقتضي تسليم البدلين في الحال في العقد المطلق؛ فإن امتنع أحدهما أجبر على ذلك؛ كما هو مقرر في قاعدة: «العقد المطلق يقتضي التسليم للحال»[١]، قال ابن تيمية: «ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر؛ لأن المقصود بالعهود والعقود المالية هو التقابض فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه؛ ولهذا قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ﴾ [سورة النساء: ١]، أي تتعاهدون وتتعاقدون، وهذا هو موجب العقود ومقتضاها؛ لأن كلًّا من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه»[٢].

٢- يترتب على لزوم العقد انتقال ملكية العين والمنفعة أو أحدهما؛ فإذا كان اللزوم يحصل بمجرد العقد؛ كما في المعاوضات فينتقل الملك بمجرد تمام العقد من دون حاجة إلى القبض؛ كما تقرره القاعدة: «الملك في المعاوضات لا يقف على القبض»[٣]، وإذا كان اللزوم لا يحصل إلا بالقبض؛ كما في التبرعات عند الجمهور توقف انتقال الملك عليه؛ يقول السرخسي: «الملك لا يحصل بعقد التبرع قبل التسليم»[٤]، «فلا تلزم الهبة والصدقة، ولا يحصل الملك فيها إلا بالقبض»[٥]، أما من قال بأن «التبرع يلزم المتبرع بالقول»[٦]؛ كالمالكية فالملك ينتقل عندهم بمجرد العقد؛ كما في حاشية

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٥٦/٥.
(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٤/٣٠.
(٣) روضة النووي ٨٤/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٦٩/٢، مغني المحتاج للشربيني ٣٨١/٣.
(٤) المبسوط ١٧٨/١٧.
(٥) حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٦٣/٣.
(٦) فتح العلي المالك لعليش ٢٨١/٢.

الصاوي: «كل معروف فإنه يملك بالعقد ولكن لا يتم ذلك إلا بالقبض»[١].

٣- أن «العقد اللازم لا يحتمل الفسخ»[٢] إلا بسبب شرعي موجب لذلك؛ كوجود عيب ونحوه، فلا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ من غير عذر إلا برضا الطرف الآخر، وهي في ذلك على قسمين[٣]:

الأول: عقود لازمة غير قابلة للفسخ بعد تمامها، كالنكاح والخلع، والصلح عن دم العمد، فعقد النكاح لازم، لا يقبل الفسخ بالتراضي أصلا؛ لأنه وضع على الدوام والتأبيد، ولكن يمكن إنهاؤه بالطلاق، والطلاق ليس فسخًا للنكاح؛ إذ الفسخ يأتي على أصل العقد بالإبطال، فيصير به العقد كأن لم يكن، وأما الطلاق فهو يقرر بعض أحكام العقد؛ كثبوت الميراث والعدة والصداق. وكذلك الخلع إذا تراضيا على فسخه لا ينفسخ.

الثاني: عقود لازمة تقبل الفسخ والإقالة بالتراضي؛ كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها من عقود المعاوضات.

أما العقود الجائزة فلكل واحد من المتعاقدين فسخها متى شاء[٤].

٤- أن الموت لا يكون عذرًا في فسخ العقد اللازم، إذ لا تأثير للموت في إبطال اللزوم الثابت بالعقد، كما تقرره قاعدة: «العقد اللازم لا ينفسخ بموت العاقد»[٥]؛ فالإجارة لا تنفسخ بالموت عند جمهور

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٢٩٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٩٨.

(٣) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٩، ٣٦٠، الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص٤١٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧١، المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ٥/١٦٢.

(٥) البناية للعيني ٩/٤١٦.

الفقهاء بل تبقى إلى انقضاء المدة المحددة لها؛ لأنها لازمة، وتستثنى من ذلك العقود التي تتعلق بذات العاقد أو المعقود عليه؛ كالنكاح؛ «فبموت أحد الزوجين يرتفع العقد؛ لتضمنه فوات المعقود عليه»[١].

٥- لا يجوز لأحد المتعاقدين التغيير في العقد بعد لزومه بالزيادة أو النقصان في العوض أو المعوض أو اشتراط شيء فيه؛ كإلحاق الأجل أو إسقاطه أو نحو ذلك، قال ابن تيمية: «إلحاق الزيادة والشروط بالعقود اللازمة لا يصح»[٢]، لكن إن تراضيا عليه بعد العقد فإنه يأخذ حكمًا مستقلا عن العقد، فتكون الزيادة في الثمن هبة مبتدأة، يشترط لها شروطها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقود اللازمة قد يعرض لها ما يسلبها صفة اللزوم، ويجعلها جائزة، ويثبت حق الفسخ للعاقدين، أو لأحدهما، ومن ذلك وجود أحد الخيارات؛ كخيار الشرط والرؤية والعيب، أو وجود عذر طارئ لا يتأتى تنفيذ العقد معه إلا بتحمل ضرر مجحف لم يلتزمه العاقد، فأثبتت الشريعة خيار الفسخ للطرف المتضرر، كما هو مقرر في قاعدة: «الضرر عذر في فسخ العقد اللازم»[٣].

والعقود تنقسم من حيث اللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام؛ نظرًا للمقصود منها والمصالح المترتبة عليها؛ قال العز بن عبد السلام: «التصرفات أنواع:

أحدها: ما لا يتم مصالحه ومقاصده إلا بلزومه من طرفيه؛ كالبيع والإجارة والأنكحة والأوقاف والضمان والهبات.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥/١٥٣.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤١٠، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٦٦٣.

(٣) المبسوط ٢٣/٢٥-٢٦.

وأما البيع والإجارة فلو كانا جائزين لما وثق كل واحد من المتعاقدين بالانتفاع بما صار إليه، ولبطلت فائدة شرعيتهما إذ لا يأمن من فسخ صاحبه، لكن دخل في البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته؛ لأن الحاجة تمس إليه فجاز مع قصر مدته، وقد لا يتحقق العاقد في مدة المجلس أنه غابن أو مغبون، فشرع خيار الشرط مقدرا بثلاثة أيام تكميلا للغرض من شرعية الخيار.

النوع الثاني من التصرفات: ما يكون مصلحته في جوازه من طرفيه؛ كالشركة والوكالة والجعالة والوصية والقراض والعواري والودائع.

أما الوكالة فلو لزمت من جانب الوكيل؛ لأدى إلى أن يزهد الوكلاء في الوكالة خوف لزومها، فيتعطل عليها هذا النوع من البر، ولو لزمت من جانب الموكل لتضرر؛ لأنه قد يحتاج إلى الانتفاع بما وكل فيه لجهات أخر؛ كالأكل والشرب واللبس أو العتق أو السكنى أو الوقف وغير ذلك من أنواع البر المتعلق بالأموات.

النوع الثالث من التصرفات: ما تكون مصلحته في جوازه من أحد طرفيه، ولزومه من الطرف الآخر كالرهن وعقد الجزية، وإجارة المشرك المستجير لسماع كلام الله تعالى.

وأما الرهن فإن مقصوده التوثق، ولا يحصل إلا بلزومه على الراهن، وهو حق من حقوق المرتهن فله إسقاط توثقه به، كما تسقط وثيقة الضمان بإبراء الضامن، وهو محسن بإسقاطهما.

وأما إجارة المشرك المستجير لسماع كلام الله تعالى؛ فإنها جائزة من جهة المستجيرين، لازمة من جهة المسلمين؛ إذ لا تتم مصلحتها إلا بلزومها من قبلنا فإنها لو لم تلزم لفات مقصودها وهو معرفة المستجير لدعوة الإسلام والدخول فيه بعد الاطلاع عليه»[1].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٢٥-١٢٨.

وقد ميز الإمام المقري بين العقود اللازم والجائزة في عبارة موجزة، وبيّن ذلك في ضابطة كلية فقال: «كل عقد ترتبت مصلحته عليه بنفسه، فهو على اللزوم، وإلا فعلى الجواز، مالم يعارض تعلق حق به»[١].

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، ولا يؤثر في ذلك الاختلاف في بعض فروعها.

ومجالها يشمل العقود بكافة أنواعها، ولا يخرج عنها إلا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم، وتستلزم مصلحتها نفيه، وفي عدتها وجملتها خلاف بين الفقهاء[٢].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة:١]، فالآية تقتضي إلزام كل عاقد موجب عقده ومقتضاه، لدلالة الأمر على الوجوب[٣]، قال الإمام الجصاص: «اقتضت هذه الآية إلزام الوفاء بعقود البياعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود»[٤].

٢- قوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤] والعقود عهود، وعدم الوفاء بالعهد نكث في الذمة. قال ابن العربي:

---

(١) كليات المقري ص ١٦١.

(٢) حيث نص السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٢٧٥ على إحدى عشر عقداً فقال: "العقود الواقعة بين اثنين، على أقسام: الأول: لازم من الطرفين قطعًا... الثاني: جائز من الطرفين قطعا، كالشركة والوكالة، والقراض والوصية والعارية الوديعة والقرض، والجعالة قبل الفراغ والقضاء والوصايا، وسائر الولايات غير الإمامة"، وذكر صاحب درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١١٠/١ أن مجموعها ثمانية عقود.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥٣٣/٣، ولابن العربي ٧/٢، ٨، المنتقى للباجي ١١٤/٥.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤١٨/٢.

«العهد هو: العقد الذي يرتبط به المتعاقدان على وجه يجوز في الشريعة، ويلزم في الحكم، إما على الخصوص بينهما، وإما على العموم على الخلق، فهذا لا يجوز حله، ولا يحل نقضه»[(١)].

٣- ما رواه عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع»[(٢)].

فالحديث نص على «لزوم العقد من الجانبين، وأنه لا خيار بعد التفرق»[(٣)]، ولا يملك أحد العاقدين الاستقلال بفسخه، فدل ذلك على أن اللزوم هو الأصل في العقود.

٤- لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعًا للحاجة وتحصيلا للمقصود[(٤)].

٥- لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها[(٥)].

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٧، وانظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٣٨.

(٢) رواه البخاري ٣/٦٤ (٢١١٢) واللفظ له، ورواه مسلم ٣/١١٦٣(١٥٣١)/(٤٤) عن عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ١١/٣٣١.

(٤) الفروق للقرافي ٤/١٣.

(٥) الذخيرة للقرافي ٥/٢٠.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- من اشترى سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلوم بشرط رهن شيء معين فيه، ثم امتنع من دفع الرهن - أُجبر على دفعه للمرتهن؛ لأن الرهن يلزم بمجرد العقد[(١)].

٢- الصدقة إذا وقعت من المتصدق، فإنها تلزمه بمجرد العقد، وتصير مالا من أموال المعطَى، ولا رجوع له عنها بعد وقوعها، ويقضى على المتصدق بدفعها[(٢)].

٣- إذا وهب شخص لآخر جزءًا من داره أو أرضه، وقبل الموهوب له الهبة، وكتب على الواهب وثيقة بها، فلا يمكن للواهب الرجوع في هبته بعد ذلك، ويجبر على رفع يده عنها، وتسليمها للموهوب له ما لم يحصل له مانع من فلس أو موت أو نحوه؛ لأن الهبة تلزم بالقول[(٣)].

٤- الوقف عقد يلزم بمجرد اللفظ، ويزول ملك الواقف عنه، ويقضى عليه بدفعه، وليس له رجوع فيه[(٤)].

٥- القرض يملكه المقترض بمجرد القبض، ويصير مالا من أمواله، فلا يملك المقرض استرجاعه بعينه؛ للزومه من جهته بالقبض، وله طلب

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٣٦٣/٢، التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١٦٣/٢.

(٢) انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام ١٥١/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٦/٣، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢٥٥/٢.

(٣) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢٨٧/٢.

(٤) انظر: الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ١٥٤/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢٥٥/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٢٥/٢، كشاف القناع له ٢٥٤/٤.

بدله؛ لأن القرض يثبت في الذمة حالا، ويوجب رد المثل أو القيمة[١].

٦- لو شرط أحد الزوجين خياراً في النكاح بطل النكاح؛ لأن النكاح مبناه على اللزوم فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة[٢].

٧- إذا وقع الصلح بين المتخاصمين عن إنكار على وجه جائز لزم، فإذا أرادا الرجوع إلى ما كانا عليه من الخصومة؛ فإن ذلك لا يجوز، ويجبران على التزام ما وقع بينهما من الصلح[٣].

٨- الحربي المستجير إذا طلب الأمان ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الإسلام وجب إجابته، وتكون الاستجارة لازمة من جهة المسلمين؛ إذ لا تتم مصلحتها إلا بلزومها، فإنها لو لم تلزم لفات مقصودها وهو معرفة المستجير لدعوة الإسلام والدخول فيه بعد الاطلاع عليه[٤].

٩- إذا اقتسم القوم أرضًا ميراثًا بينهم وتقابضوا، ثم أراد أحدهم فسخ القسمة بدعوى الغلط دون بينة فليس له ذلك؛ لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم، فلا يفسخ بمجرد الدعوى[٥].

١٠- إذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها، وترك الانتفاع اختيارا منه لم تنفسخ الإجارة، والأجر لازم له؛ لأنها عقد معاوضة لازمة من الطرفين[٦].

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٢٦/٥، كشاف القناع للبهوتي ٣١٤/٣.

(٢) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي٣٨٦/٧، مغني المحتاج للشربيني ٣٧٦/٤، نهاية المحتاج للرملي ٣٤٣/٦.

(٣) انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي ٢٢٦/١، شرح ميارة على تحفة الحكام ١٤٧/١.

(٤) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٥٠/٢، المغني لابن قدامة ١٩٧/٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٥٢/١.

(٥) انظر: المبسوط ٦٤/١٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٤٢٥/٢.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٢٦٠/٥، الإنصاف للمرداوي ٥٨/٦.

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد متفرعة :

٩٥٧ ـ نص القاعدة: اللُّزُومُ أَصْلٌ فِي الْمُعَاوَضَاتِ[1].

ومن صيغها :

١- المعاوضات تلزم بنفس العقد[2].

٢- المعاوضات تتعلق بها صفة اللزوم[3].

٣- المعاوضة تقتضي اللزوم[4].

٤- الأصل في عقود المعاوضات المبنية على التغابن هو اللزوم[5].

شرح القاعدة :

العقود من حيث وجود العوض وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام: عقود المعاوضة؛ كعقد البيع بأنواعه من المقايضة والسلم والصرف، وعقد الإجارة، والاستصناع، وعقود التبرع؛ كعقد الهبة والعارية والوديعة، وعقود هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء؛ كالقرض، والهبة بشرط العوض، والكفالة بأمر المدين[6].

ومعنى القاعدة : أن عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوهما مبناها على اللزوم، فإذا باشرها أحد مستكملا لأركانها وشروطها ورضي الآخر وجب

---

(١) المبسوط ١٥/٧٩، البناية للعيني ٦/٨٤٣، فتح القدير لابن الهمام ٦/١٦٥.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٦/٢٧٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/١٣٤.

(٤) الذخيرة للقرافي ٨/١٧٤.

(٥) تحرير المجلة لكاشف الغطا ٣/٨٢.

(٦) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/١٨٨، المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٦٤٠.

على المتعاقدين الوفاء بموجبها، ولم يكن لأحدهما أن يرجع فيه وينقضه إلا باتفاقهما على الإقالة؛ لأن في عدم الوفاء بها ضررا للعاقد الآخر، لضياع ما بذله من العوض في مقابلته، فمن اشترى جهازًا كهربائيًّا بألف من محل تجاري وجب عليه أن يدفع الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع، قال ابن عابدين: «البيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع، ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكما بها»[١].

وتتميز عقود المعاوضات عن غيرها من العقود اللازمة بأمور:

الأول: أنها تلزم بنفس العقد، ولا تفتقر في لزومها إلى القبض؛ كما نصت على ذلك صيغة القاعدة، بخلاف عقود التبرعات فإنها لا تكتسب صفة اللزوم بمجرد العقد، بل تفتقر في لزومها إلى القبض عند جمهور الفقهاء.

الثاني: أن الأصل فيها أن تكون لازمة من الطرفين فور انعقادها؛ «فالإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لواحد منهما فسخها؛ وذلك لأنها عقد معاوضة»[٢]. بخلاف غيرها من العقود، فالأصل فيها أن اللزوم يكون من طرف واحد، كالرهن.

الثالث: أن اللزوم في المعاوضة أقوى من غيرها من العقود، فلا تبطل المعاوضة بالموت والفلس، لا قبل حصول القبض ولا بعده، بخلاف العقود الأخرى فإنها وإن لزمت بالقول عند المالكية وطائفة من الفقهاء إلا أنها تبطل بوجود المانع قبل الحيازة؛ قال الحطاب: «الالتزام إذا لم يكن على وجه

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٩٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٢٥٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٦٣.

المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة، ويبطل بالموت والفلس قبلها»[١]، «فالرهن يبطل بالموت والفلس قبل قبضه»[٢]، و«المعروف يبطل بالموت والفَلَس»[٣] قبل حصول القبض.

وهذه القاعدة متفرعة عن أصلها؛ إذ هي تختص بالمعاوضات، وهي العقود التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين، فيسعى كل واحد منهما إلى أخذ حقه كاملاً وافيًا غير منقوص، دون عقود التوثيقات وعقود التبرعات التي تقوم على أساس البذل والمنحة من أحد العاقدين للآخر من غير عوض.

ومجالها واسع يشمل عقود المعاوضات بأنواعها، سواء أكانت معاوضة على عين أو منفعة أو حق من الحقوق.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا اشترى أحد شيئًا بألف ثم طلب النقص من الثمن بعد إبرام العقد ولزومه فهو لغو، ولا يلحق بالعقد ولا يؤثر فيه؛ لأن العقد وقع لازما فلا يمكن تغييره، ولكن يكون الحط هبة مبتدأة[٤].

٢- الإجارة لا تنفسخ بموت العاقد وانتقال العين المستأجرة إلى الورثة؛ لأنها عقد معاوضة لازمة من الطرفين[٥].

٣- لو استأجر أحد دارًا أو دكانًا بألف في الشهر ثم انخفضت الأسعار

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٦٩. وانظر: فتح العلي المالك لعليش ٢١٨/١، والنوازل الكبرى للوزاني ٦٠٦/٨.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣/٥، منح الجليل لمحمد عليش ٤٢٠/٥.

(٣) شرح ميارة على تحفة الحكام ٥/٢، فتح العلي المالك ٢٩٥/١.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٤٦٢/٩، كشاف القناع للبهوتي ٢٣٤/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٣٢/٣.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٢٧١/٥، كشاف القناع ٤/٣، منار السبيل لابن ضويان ٤١٩/١.

والإيجارات فنـزلت أجرة المثل بعد تمام العقد ولزومه إلى ثمانمائة؛ فليس له أن يفسخ العقد أو ينقص من الأجرة؛ لأن الإجارة عقد معاوضة لازمة من الطرفين[(١)].

٤- إذا أحال المدين غريمه على من عليه مثل ذلك الدين فرضي بذلك، فيبرأ المحيل بمجرد عقد الحوالة، ويتحول حق المحال على المحال عليه، وتكون لازمة، فلا يملك المحتال على المليء الرجوع على المحيل بعد العقد[(٢)].

٥- من خالع زوجته بحضانة ولدها الصغير منه سنة فتزوجت في أثنائها لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها؛ لأن العقد قد لزم، فلا يفسخ إلا بالتراضي[(٣)].

٦- إذا خالعت المرأة زوجها على أن عليها نفقة الولد ورضاعه ما دام في الحولين جاز ذلك ولزم، فإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها[(٤)].

٧- إذا أبرم أحد عقدا مع شركة شحن لنقل بضاعته إلى بلد معين على سفينة معينة فإنه يكون لازمًا عليهما؛ لأن عقد النقل من عقود المعاوضات المالية اللازمة لطرفي العقد[(٥)].

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر١/٤٨١.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/١٩، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٤٠، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٨٣.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٤٣٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢٦٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٨/٣٥٨، نهاية المحتاج للرملي ٧/٢٣٠.

(٤) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/٢٩٥، فتح العلي المالك لعليش ١/٢٢٧، المغني لابن قدامة ٧/٢٥٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٦٢-٦٣.

(٥) انظر: عقد الإيجار لمدكور ص ٢٨٠.

٨- إذا أراد أحد السفر إلى بلد معين فاشترى تذكرة سفر على رحلة معينة كان العقد لازمًا للطرفين، وليس لأحدهما فسخه أو تغييره إلا برضا الطرف الآخر.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

رقم القاعدة: ٩٥٨

نص القاعدة: إِذَا تبيَّن فسَادُ العَقْد بَطَل مَا بُنِي عَلَيْه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا بطل العقد بطل ما في ضمنه[٢].

٢- إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات[٣].

٣- إذا فسد العقد فسد ما في ضمنه[٤].

٤- كما يَبطل مضمون العقد ببطلانه؛ يَبطل أيضًا ما يُبنَى عليه[٥].

٥- إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- التابع تابع[٧]. (أعم).

---

(١) القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ١٠٥، القواعد والضوابط الفقهية للندوي ص ٤٧٤.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٧٤.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٢٧، فقرة: ٨١/٧٢، وانظر أيضًا: الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٥٤.

(٤) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣/٢٧.

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٢٧ فقرة: ٨١/٧٢.

(٦) انظر: شرح التلويح على التوضح للتفتازاني ٢/٣٩٤.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه[١]. (أعم).

٣- بطلان اللازم يدل على بطلان الملزوم[٢]. (تعليل).

٤- كل صلح تحقق بطلانه يبطل ما في ضمنه من المعاملات[٣]. (فرع).

شرح القاعدة:

البطلان لغة: الضياع والخُسران، أو سقوط الحكم؛ يقال: بطل الشيءُ، يَبْطُلُ، بَطَلا وبُطْلانًا؛ بمعنى: ذهب ضَياعًا وخُسرانًا، أو سقط حكمه[٤]. وكذلك معناه في الشرع: فإن كلمة الفقهاء مجتمعة على أن المراد بالبطلان الإهدار وإلغاء الاعتبار في العبادات والمعاملات سواء بسواء، كمن صلى بغير وضوء، أو باشر معاملة ليس هو أهلا لها كما لو باع ما لا يملك[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ١/٦٣، حاشية العطار على شرح جلال الدين المحلي لجمع الجوامع ١/٣٤٧.

(٣) شرح الأتاسي على المجلة ١/١٢٦.

(٤) انظر: مادة: (ب ط ل) في: الجمهرة لابن دريد، ولسان العرب لابن منظور، والمصباح المنير للفيومي، وانظر أيضًا: التلويح على التوضيح للتفتازاني ١/٢١٥.

(٥) وللبطلان في استعمال الفقهاء إطلاقان: أحدهما: عدم ترتُّب آثار العمل عليه في الدنيا، كما نقول في العبادات: إنها غير مجزئة، ولا مُبرِّئة للذمة، ولا مُسقِطة للقضاء، فهي باطلة بهذا المعنى، لمخالفتها لما قصد الشارع منها، وقد تكون باطلة لخللٍ في بعض أركانها أو شروطها، كنُقصان ركعة أو سجدة من الصلاة، ويقال أيضًا في العادات: إنها باطلة، بمعنى عدم حصول فوائدها شرعًا، من حصول مِلك، واستباحة فروج، وانتفاعٍ بالمطلوب.
والثاني: أن يراد بالبطلان عدمُ تَرَتُّب آثار العمل عليه في الآخرة، وهو الثواب، فتكون العبادة باطلة بالإطلاق الأول، فلا يَترتَّب عليها جزاء؛ لأنها غير مطابقة لمقتضى الأمر بها، كالمتعبد رئاء الناس، فهي غير مجزئة، ولا يترتب عليها ثواب، وقد تكون صحيحة بالإطلاق الأول، ولا يترتب عليها ثواب أيضًا، كالمتصدِّق بالصدقة يُتبِعُها المنَّ والأذى، وقد قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُبۡطِلُواْ صَدَقَٰتِكُم بِٱلۡمَنِّ وَٱلۡأَذَىٰ كَٱلَّذِي يُنفِقُ مَالَهُۥ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ﴾ انظر: الموافقات للشاطبي ١/٢٩٢.

والمراد بالفساد في القاعدة ما يوافق معنى البطلان على اصطلاح الجمهور في عدم التفريق بين الفساد والبطلان، فلا فرق بين أن يوصف العقد بالبطلان أو أن يوصف بالفساد عندهم، بينما فرق الحنفية بينهما؛ فما فاتت مشروعيته بأصله فهو الباطل عندهم، أما ما كان مشروعًا بأصله لكن فقد مشروعيته لوصف لازَمه فهو الفاسد، وفرقوا بين الباطل والفاسد بمنع ترتُّب الآثار الشرعية على الأول دون الثاني[(١)].

ويفسر بعض الحنفية البطلان في هذه القاعدة بالفساد؛ اعتمادا على اعتياد فقهاء الحنفية إطلاق البطلان بمعنى الفساد، مع تعليل هذا التوجيه بأن العقد إذا كان باطلا لا يبطل ما تضمنه؛ لأن العقد الباطل وجوده والعدمُ سواء؛ لعدم مشروعيته أصلا، فإذا كان متضمِّنًا لأمر يكون ذلك الأمر كأنه وُجِدَ مستقلا غير متضمَّن في آخَر، فيُعتبر ويُراعَى بخلاف العقد الفاسد؛ فإنه لمشروعية أصلهِ تُرتَّب عليه الأحكام، فلا يمكن اعتباره كالعدم، فإذا تضمَّن أمرًا، سَرَى فساده إلى ما في ضمنه[(٢)].

والعقد الباطل: هو العقد الـمُهْدَر الملغى، الذي فقد شرطًا من شروط صحته، أو احتف به مانع شرعي جعل حظه في ميزان الشرع الإهدار والإلغاء.

فمعنى القاعدة: أن العقد إذا بطل تبع ذلك إلغاء الآثارِ الشرعية التي علقها الشارع على وجوده؛ تبعًا لفساد سببها، فإذا باع شخص لآخر عينًا ما فإن ما ترتب على هذا العقد من آثار تبطل إذا ظهر أن العقد كان باطلا؛ فلا يملك

---

(١) انظر: الفساد والبطلان عند الحنفية في كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢٥٨/١، ٢٥٩، المستصفى للغزالي ٢٥/٢، نهاية السول للإسنوي ٥٨/١، وشرح البدخشي ٥٧/١، التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٢٣/٢، كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ١٤٨/١، وشرح جمع الجوامع للجلال المحلي ١٠٥/١.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٧٩، ٢٨٠، وعزاه إلى: الدر المختار وحاشيته من باب ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل، وإلى جامع الفصولين الفصل: ٣٢.

المشتري المبيع، ولا البائع الثمن، وإذا تصرف المشتري في المبيع بنحو بيع أو إعارة أو هبة كان كل ذلك باطلا ببطلان البيع الأول.

والقاعدة مستعملة عند الفقهاء حيث خرجوا عليها العديد من الفروع الفقهية، كما يبدو هذا جليًّا في فقرة التطبيقات، وهي فرع عن قاعدة: «التابع تابع»؛ إذ ما يترتب على العقد من آثار تابع له في حكمه فيبطل ببطلانه، والعقود أبرز مجالات قاعدة: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»؛ ولذا كانت القاعدة فرعًا عنها، وهي معللة بقاعدة: «بطلان اللازم يدل على بطلان الملزوم»، وقد تفرع عنها العديد من القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالعقود.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة: «التابع تابع» وأدلتها؛ إذ القاعدة فرع عنها كما تقدم.

٢- قاعدة: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» وأدلتها؛ لأن العقود أبرز مجالاتها فكانت متفرعة عنها.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا صالح عن عيب في المبيع ثم زال العيب بطل الصلح، ويَرُدُّ الـمُصالِح ما أَخذ؛ لأن المعوَّض عنه - وهو صفة السلامة - قد عاد؛ فبطل الصلح، وببطلانه بطل أخذ العِوض، وهكذا كل صلح تحقق بطلانه يبطل ما في ضمنه من المعاملات الجارية بين الطرفين إبراء وغيره[١].

(١) شرح الأتاسي على المجلة ١٢٦/١، القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٤٧٤/١، وانظر أيضًا: دقائق أولي النهى للبهوتي ١٤٢/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٤٠/٣.

٢- لو قال شخص لآخر: بعتُك دمي بألف، فقتله، وجب القصاص، لأن العقد باطل؛ فبطل ما في ضمنه وهو الإذن[١].

٣- لو استأجر مستأجِر وَقْفًا من غير ناظره، ثم قام هذا المستأجِر بعمارة الوقف المستأجَر بغير إذن ناظره، لم تصح الإجارة، لأنها صادرة من غير أهلها، ولم يصح ما ترتب على هذه الإجارة من العمارة والبناء؛ لأنه إذا بطل العقد بطل ما في ضمنه، ويكون ما أنفقه المستأجر تبرعا لا يرجع به على أحد[٢].

٤- لو جدد الزوج النكاح لزوجته - للاحتياط - بمهر، لم يلزمه؛ لأن النكاح على النكاح باطل، فبطل ما في ضمنه وهو المهر[٣].

٥- يبطل التوارث ببطلان النكاح؛ إذ إن التوارث مترتب على عقدة النكاح ومتضمَّن فيه، فيبطل ببطلانه[٤].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٢٩، الفرائد البهية للحمزاوي ص ٣٢، ٣٣، شرح المجلة لسليم رستم ١/٤١، القواعد الفقهية لناظر زاده ١/٢٦٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٧٥.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٢٩، غمز عيون البصائر للحموي ٤/١٥٧، الفرائد البهية للحمزاوي ص ٣٣، شرح المجلة لسليم رستم ١/٤١، القواعد الفقهية لناظر زاده ١/٢٦٩.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٢٩، غمز عيون البصائر للحموي ٤/١٥٧، القواعد الفقهية لناظر زاده ١/٢٦٩.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٢٦، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٧٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٥٩، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤/١٧٤، الجوهرة النَّيِّرَة للحدادي ٢/٣٠٨، المنتقى للباجي ٤/١٤٤، الفروق للقرافي ٤/١٩٣، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٥٣، تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ١/١٧٦، المغني لابن قدامة ٦/٢٦٦- ٢٦٩، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٤٥، المحلى بالآثار لابن حزم ٩/٦٨.



رقم القاعدة: ٩٥٩

نص القاعدة: مُطْلَقُ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلاَمَةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المعاوضات تقتضي سلامة العوض[٢].

٢- العقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب[٣].

٣- سلامة المبدل لأحد المتعاقدين يقتضي سلامة البدل للآخر[٤].

٤- عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب[٥].

٥- عقد المعاوضة يوجب السلامة أو الضمان[٦].

٦- المستحق بمطلق العقد صفة السلامة لا نهاية الجودة[٧].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٣/٢. وبنحوه في الكافي لابن قدامة ١٣٧/٢. وفي لفظ آخر: "مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب" المبسوط للسرخسي ١٠٥/١٣. وفي لفظ آخر: "إطلاق العقد يقتضي السلامة" شرح مختصر الخرقي للزركشي ٥١٩/٣". وفي لفظ آخر: "إطلاق المعاوضة يقتضي السلامة من العيوب". البيان للعمراني ٥٦/١٠. وفي لفظ خامس: "مقتضى العقد السلامة" الذخيرة للقرافي ٢٤٧/٥.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٨٠/٤.

(٣) رمز الحقائق للعيني ١٢٤/٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤٦٦/٢، وبنحوه في ١٩/٤.

(٥) المبسوط ١٠٣/١٥.

(٦) تبيين الحقائق ٣٣٦/٤.

(٧) المبسوط ٢٠/١٦. وفي لفظ: "بمطلق العقد يستحق المعقود عليه بصفة السلامة، ولا يستحق صفة=

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر يزال[١]. (أعم).

٢- المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف[٢]. (أعم).

٣- الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها[٣]. (أعم).

٤- التغرير في المعاوضة سبب الضمان[٤]. (متكاملة).

٥- عقد التبرع لا يستحق فيه السلامة ولا يثبت به الغرور[٥]. (قسيمة).

٦- الأصل في العقود التراضي[٦]. (تلازم).

٧- مطلق البيع يقتضي سلامة العوضين من العيوب[٧]. (أخص).

٨- عقد الإجارة يقتضي سلامة المعقود عليه[٨]. (أخص).

٩- الخلع عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض[٩]. (أخص).

= الجودة إلا بالشرط" المصدر نفسه ٣٨/٢٣. وفي لفظ عنده: "بمطلق العقد لا تستحق صفة الجودة وإنما تستحق السلامة" ٦٨/١٤. وفي لفظ آخر: "المستحق بعقد المعاوضة صفة السلامة في العوض، فأما صفة الجودة فلا تستحق بمطلق العقد " ١٥١/٢٣. وانظر أيضًا: ٦/١٦، و٣٩/٢٣، ١٥٢.

(١) المجلة، المادة (٢٠)، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ١٥/١٦.

(٣) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٧٠٣/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) ترتيب اللآلي ٥٣٦/١، وانظر قاعدة: "الغارُّ ضامن"، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٤٨١، وانظر قاعدة: "يُغتفر في التبرعات ما لا يُغتفر في المعاوضات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٦) القواعد النورانية لابن تيمية ٢٩٠/٢، وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٧) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ١٧٦.

(٨) تكملة البحر الرائق للطوري ٣١/٨. (بتصرف يسير).

(٩) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٧٦١/١.

شرح القاعدة :

المراد بـ (مطلق العقد): العقد الخالي عن الشروط. والمراد بالعقد هنا: عقد المعاوضة. و(وصف السلامة): أي براءة العوض من العيوب المؤثرة في عرف الناس.

هذه قاعدة مهمة من قواعد المعاملات، وعقود المعاوضات، وهي أصل لمشروعية خيار العيب في العقود، وقد اتفق الفقهاء على اعتبارها والاعتداد بها في الجملة.

ومفادها: أن العقد إذا أُطلق وانعقد خاليًا عن الشروط والقيود من قبل المتعاقدين – أو أحدهما – فإنه يقتضي صفة سلامة العوضين وخلوهما عن العيوب المعتبرة المؤثرة عرفًا في صحة العقد وإرادة العاقدين ورضاهما.

فإذا وجد العوضان سليمين عرفًا، صحَّ العقد وترتبت عليه آثاره الشرعية، وإلا ثبت خيار العيب لمن دخل في ملكه عين معيبة، فإن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه – إن أمكن الفسخ - واسترد البدل الذي دفعه.

والمراد بالعقد هنا عقد المعاوضة، مثل عقد البيع بأنواعه من المقايضة والسلم والصرف، وعقد الإجارة والاستصناع، والصلح والنكاح والخلع، والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة ونحوها، بخلاف عقود التبرع؛ فإنها لا يستحق فيها وصف السلامة، مثل عقد العارية، الوديعة، والوكالة، والكفالة بغير أمر المدين، والرهن، والوصية ونحوها.

فالمستحق بمطلق العقد في عقود المعاوضات هو سلامة المعقود عليه من العيوب دلالة - وإن لم يقع التصريح به في أثناء العقد – باتفاق الشرع والعقل والعرف[1]، ما لم يوجد من أحد الطرفين التصريح بالعيب عند التعاقد ورضا

---

(١) انظر: الالتزامات لأحمد إبراهيم بك ص ٢٠٠.

الطرف الآخر به، فكما يقول الإمام الكاساني، رحمه الله تعالى: «السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصًّا، فإذا فاتت المساواة [يعني مساواة العوضين في السلامة من العيب] كان له الخيار...؛ لأنه [البيع] عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضيًا للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار. ولأن السلامة لما كانت مرغوبة للمشتري، ولم تحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن الرضا شرط صحة البيع... فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتًا للحكم على قدر الدليل»[1]، وإزالة للضرر عن العاقد، والضرر عليه هنا إلزامه ما لا يرضى به في ملكه ناقصًا عن حقه[2]، أما صفة الجودة فلا يستحقها بمطلق العقد عادة – كما دلت عليه نص هذه القاعدة بمفومها، ونطقت به الصيغة الأخرى؛ لأنها فوق مطلق السلامة، فلابد من اشتراطها والتنصيص عليها في صلب العقد، وإلا لم تكن معتبرة.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

فقد دلت الآية الكريمة على أن مبنى العقود الناقلة للأملاك على

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٤/٥.

وكذلك قال الأستاذ السنهوري، رحمه الله تعالى: "سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء، فإذا ظهر عيب في الشيء، تبين أن المشتري كان واهمًا عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب. ومن هنا كان خيار العيب متصلا أوثق الاتصال بنظرية الغلط، بل هو ليس إلا صورة من صوره المتعددة " اهـ. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٣٠/٢.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣٩/٦، الكافي لابن قدامة ١٣٧/٢.

التراضي. ولاشك أن الرضا قائم على دعامة من سلامة المعقود عليه من العيوب، فتخلفها يحدث خللا بالرضا، فكانت مشروطة دلالة في جميع عقود المعاوضات[١].

٢- حديث العدّاء بن خالد - رضي الله عنه - قال: «كتب لي النبي ﷺ: هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العدَّاء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خِبثة ولا غائِلة»[٢].

قال الإمام السرخسي - رحمه الله تعالى - مستدلا لهذه القاعدة: «في هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب»[٣]. ومثل البيع غيره من عقود المعاوضات.

٣- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: «لا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر»[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٨٠.

(٢) رواه البخاري تعليقاً ٣/٥٨ عقيب حديث (٢٠٧٨)، قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٤/٣٦٣ هكذا وقع التعليق. وقد وصل الحديث الترمذي ٣/٥٢٠ (١٢١٦) وقال: حسنٌ غريب، والنسائي في الكبرى ١٠/٣٥٩ (١١٦٨٨)، وابن ماجه ٢/٧٥٦ (٢٢٥١). فاتفقوا على أن البائع النبي ﷺ، والمشتري العداء، عكس ما هنا، فقيل: إن الذي وقع هنا مقلوب، وقيل هو الصواب، وهو من الرواية بالمعنى لأن اشترى وباع بمعنى واحد، ولزم من ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء. وينظر أيضًا تغليق التعليق له ٣/٢١٨-٢٢١، وقوله: "ولا خبثه" بكسر المعجمة وبضمها... أي مسبيًا من قوم لهم عهد، قال المطرزي في المغرب وقيل المراد الأخلاق الخبيثة كالإباق، وقال صاحب العين: الريبة...، انتهى من فتح الباري. قوله: "الغائلة" قال قتادة: "الزنا والسرقة والإباق"... انتهى من صحيح البخاري ٣/٥٨ عقيب (٢٠٧٨).

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣/١٠٥ - ١٠٦. وانظر أيضًا: المغني لابن قدامة ٤/١٠٨.

(٤) رواه البخاري ٣/٧٠ (٢١٤٨) واللفظ له، ٣/٧١ (٢١٥٠) (٢١٥١)، ومسلم ٣/١١٥٥(١٤١٢)/(١١)، ٣/١١٥٨-١١٥٩ (١٥٢٤) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه. والمقصود بتصرية الدابة هنا حبس الحليب في الضرع لخداع المشتري أنها غزيرة اللبن. فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٣٦٢.

ووجه الدلالة من الحديث بينه الإمام ابن قدامة – رحمه الله تعالى – بقوله: «إثبات النبي ﷺ الخيار بالتَصرِيَة تنبيه على ثبوته بالعيب»[١]، وثبوت الخيار يقتضي عدم لزوم العقد، أي أن العيب – وهو عدم السلامة – مشروط ضمنًا.

٤- ويدل لها من المعقول: «أن السلامة في المبيع مطلوبة للمشتري عادة...؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصًّا»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- في عقد السلم لا يلزم الـمُسلِم أن يقبل المسلَم فيه معيبًا، وإن وقع العقد عليه مطلقًا؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة، فإن قبضه فوجده معيبًا فله إمساكه مع الأرش...، وله رده والمطالبة بالبدل سليمًا[٣].

٢- إذا علم المشتري بالمبيع عيبًا كان موجودًا عند العقد أو حدث قبل القبض، فهو بالخيار بين أن يمسكه وبين أن يرده؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب، فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحًا؛ لكونها مطلوبة عادة، فعند فواتها يتخير؛ كي لا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به[٤].

---

(١) المغني ١٠٨/٤. وانظر أيضًا: بدائع الصنائع ٢٧٤/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٤/٥.

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣٠٣/٣.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣١/٤، وراجع أيضًا: المهذب للشيرازي ٢٨٦/١، المغني ١٠٩/٤، شرح النيل لأطفيش ٣٩٨/٨، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى الزيدي ٣٥٨/٤، التاج المذهب للعنسي ٣١٢/٢، شرائع الإسلام للحلي ٢٩/٢.

٣- من اشترى من غيره أرضًا صحراء ليس فيها بناء، فبنى فيها، ثم استُحِقَّت الأرض، يرجع المشتري على البائع بقيمة البناء أيضًا من غير شرط؛ باعتبار أن مطلق العقد يقتضي صفة السلامة، ولا عيب فوق الاستحقاق، والبائع بمطلق العقد يصير ضامنا للمشتري قرار البناء، فإذا لم يسلم له ذلك كان له أن يرجع بقيمة البناء[١].

٤- من اشترى سيارة ونقد نصف الثمن – مثلا –، ثم ظهر نصفها مستحقًا لغير البائع، فإن المشتري يتخير في نصفها الباقي الذي هو حصة البائع؛ لأن التبعيض في الأملاك المجتمعة عيب، ومطلق العقد يوجب سلامة المعقود عليه من العيب[٢].

٥- لو أن رجلا أسلم سيارته لصاحب ورشة السيارات ليطليها، فطلاها بدهان تطلى بمثله عادة، وإن لم يكن في غاية الجودة، فهي لازمة على مالكها؛ لأن بمطلق العقد يستحق صفة السلامة، لا نهاية الجودة[٣].

٦- إذا دفع رب الأرض إلى رجل أرضه وبذرًا على أن يزرعها فما خرج منها فهو بينهما نصفان، ولم يشترط عليه سُقيا ولا حفظًا. فإن كان الزرع لا يحتاج إلى سقي ولكنه لو سقي لكان أجود له، فالعقد جائز على شرطهما؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لا الجودة[٤].

---

(١) هذا مذهب الحنفية، لكن "على قول أهل المدينة عند الاستحقاق، المشتريُ لا يرجع بقيمة البناء الذي بناه على البائع إلا أن يكون البائع أمره بالبناء. وعلى قول الشافعي لا يرجع بقيمة البناء والأشجار إلا إذا ضمن البائع له ذلك نصًّا، لأن البناء ليس بمتولد من عين المبيع وإنما يثبت حكم الغرور في المبيع وفيما يكون متولدًا منه" المبسوط للسرخسي ١٧٩/٣٠.

(٢) انظر: نظيره في المرجع السابق ٢١/١٤.

(٣) انظر: نظيره في المصدر السابق ٩٣/١٥.

(٤) انظر: المصدر السابق ١٥١/٢٣.

٧- اشترى سيارة بعقد مطلق، فإذا بها سليمة من العيوب التي يمكن أن ترد بها السيارة، ولكن إذا أراد المشتري أن يرد السيارة بحجة أنها ليست جيدة - لرداءة نوعها مثلا - فليس له ذلك؛ لأنه لم يشترط ذلك في العقد، والمستحق في العقد المطلق صفة السلامة، أما صفة الجودة فلا تلزم إلا بالاشتراط[١].

٨- إذا استأجر سيارة لتوصله إلى مكة لأداء مناسك الحج، فإن على السائق أن يخرج به فيها في وقت يدرك فيه الحج بلا مشقة على المستأجر، وذلك بحسب المتعارف بين الناس في الوقت الذي يمكن أن يقطع فيه المسافة من موطنه إلى مكة بدون مشقة ولا إرهاق زائد عن الحد المحتمل والمعروف، وإذا أراد المستأجر حمل السائق على أن يخرج به قبل وقت الحج بزمن طويل فليس له ذلك إلا بالشرط؛ لأن المستحق بمطلق العقد صفة السلامة لا نهاية الجودة[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠/٥٨٩.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ١٠/٦٦٨. وانظر: نظيره في المبسوط ١٦/٢٠.

رقم القاعدة: ٩٦٠

نص القاعدة: مُطْلَقُ اللَّفْظِ فِيمَا يَتَأَبَّدُ يَقْتَضِي التَّأْبِيدَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المطلق فيما يحتمل التأبيد متأبد[٢].

٢- صفة الإطلاق في الشيء يقتضي التأبيد فيه إذا كان محتملا[٣].

٣- المطلق فيما يحتمل التأبيد بمنزلة المصرَّح بذكر التأبيد[٤].

٤- المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد[٥].

٥- الإطلاق يقتضي التأبيد[٦].

٦- المطلق يقتضي التأبيد كالمؤكد[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩/٧.
(٢) المبسوط للسرخسي ٢١١/٦.
(٣) أصول السرخسي ١٠٠/٢.
(٤) قواعد الفقه للبركتي ص ١٢٣.
(٥) الميحط البرهاني لبرهان الدين مازه ٢١٢/٤، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٦٣/٢.
(٦) حاشية الجمل ٦٣/٤، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري ٣٠/٢.
(٧) البحر المحيط للزركشي ١٥٨/٣.

القواعد ذات العلاقة :

١- التمليك لا يمكن بدون التأبيد[١]. (أخص).

٢- الوقف يقتضي التأبيد[٢]. (متفرع).

٣- المطلق ينصرف إلى المتعارف[٣]. (أعمّ).

٤- المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة[٤]. (أعم).

٥- المطلق ينصرف إلى الكمال[٥]. (أعمّ).

شرح القاعدة :

المطلق لغة : اسم مفعول من الإطلاق وهو ضد التقييد، فالطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد وهو يدل على التخلية والإرسال، يقال: أطلقت الأسير وأطلقت يدي بالخير[٦]. وأما في الاصطلاح فقد عُرِّف اللفظ المطلق أو مطلق اللفظ تعريفات عديدة اختلفت باختلاف العلم الذي ورد فيه هذا المصطلح، إلا أن تعريفات الأصوليين والفقهاء تشابهت من حيث المدلول اللفظي وإن اختلفت من حيث اعتبار الجهة التي صدر عنها اللفظ، فالأصوليون

---

(١) القواعد الفقهية للبجنوردي ٢٥٣/٣.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٠٤/٦، والبحر الزخار لابن المرتضى ١٥٧/٥، وانظرها في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الأصل أن الوقف لا يحتمل التأقيت ولا التعليق بالخطر".

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦/١، وانظر: شرح النيل لمحمد أطفيش ٣٥١/٢٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "مطلق الكلام محمول على المتعارف".

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٨٥/٦، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص٣٢٣، وانظرها في قسم القواعد الأصولية بلفظ: "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة".

(٥) درر الحكام لعلي حيدر ٥٦/١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المطلق ينصرف إلى الكمال في الماهية".

(٦) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٤٢٠/٣، وانظر: مجمع الأمثال لأبي الفضل النيسابوري ٤٣٤/١.

يقصدون لفظ الشارع الحكيم بينما يهتم الفقهاء بلفظ المكلف. ومن هذه التعريفات قول الكاساني: «المطلق هو الخالي عن القرائن»[١]. وعرف أيضًا بأنه «هو المعنى المطلق عن القيود التي يوجبها اللفظ في حال دون حال»[٢]. وعرف أيضًا بأنه: هو الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة والمقيد: هو المقارن لإحدى هذه القرائن[٣].

فمطلق اللفظ أو اللفظ المطلق إذا هو اللفظ الخالي من كل قيد يوجب فيه تحديدًا[٤]. والتأبيد: التخليد، وهو مشتق من الأبد[٥] وهو: الدَّهْرُ والجمع: آبادٌ، وأُبُودٌ. وأَبَدٌ أَبِيدٌ، كقولهم: دهر دهير. ولا أفعل ذلك أبد الأبيد. وأبد الآباد، وأبد الدهر...، وقالوا في المثل: (طال الأبد على لبد)، يضرب ذلك لكل ما قدم[٦].

ومفاد القاعدة أن اللفظ المطلق الذي لم يقارنه قيد، إذا تعلق بأمر لا يصح في الشرع إلا متأبِّدًا أو ما يحتمل التأبيد فإنه يحمل على التأبيد اعتبارًا بمجرد مطلق اللفظ، ولا يُحتاج إلى التصريح بالتأبيد أو ذكر ما يدل عليه، لأن تصرفات المكلف على ثلاثة أضرب:

١- **أن تكون مما يقتضي التأقيت**: كالإجارة والسلم، فلا تصح إلا بذكر التأقيت ولا تصح مؤبدة.

٢- **أن تكون مما الأصل فيه التأبيد**: كالبيع والهبة وسائر التمليكات.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٠٩.
(٢) المسودة لآل تيمية ص ٩٠.
(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٥٦.
(٤) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٨٥، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٧٥، وموسوعة القواعد للبورنو ١/٢٠٩.
(٥) انظر: الفائق للزمخشري ١/١٨، القاموس للمحيط للفيروز آبادي ص ٣٣٧.
(٦) المحكم والمحيط لابن سيده ٩/٣٨٥، ٣٨٦.

٣- أن تكون مما يحتمل التأبيد: كالحلف على الفعل أو الترك... إلخ.

فما كان شأنه في الشريعة التأبيد يجري على وصفه، وهذا ما جاء صريحًا في صيغة القاعدة بعبارة (فيما يتأبد)، وما كان شأنه أن يؤقت فلا يصح إلا كذلك، وما كان محتملا الوصفين حمل عند عدم التقييد على التأبيد. لذلك جاء في بعض صيغ القاعدة عبارة: (فيما يحتمل التأبيد). وجاءت قاعدة: «العقود المطلقة القابلة للتأبيد محمولة على التأبيد» مصرحة بحكم التأبيد في العقود[١].

والألفاظ التي تجري بين الناس ليُفهِم بعضهم بعضًا مرادَه ويبين له مقصده؛ إما أن تأتي على صفة التقييد والتحديد، صريحة الدلالة واضحة المعنى، ومن ثم يلتزم بما حدد وبيَّن، وإما أن تأتي مطلقة حمالة أوجه يجوز أن تفهم على هذا المراد أو ذاك، وعندها يكون لزاما أن تضبط هذه الألفاظ بقواعد تحسم الخلاف وتحمي الحقوق؛ لأن اللفظ المطلق يقتضي أمورًا كثيرة لا يقتضيها اللفظ المقيد[٢].

ولهذا المقصد قعَّد الفقهاء قواعد مثل قولهم: «المطلق ينصرف إلى المتعارف»، وقولهم: «مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف»[٣] وغير ذلك من القواعد التي تضبط الآثار المترتبة على مطلق اللفظ. ومن هذه القواعد القاعدة موضوع الصياغة حيث إنها جعلت ما هو متأبد وما يحتمل التأبيد يوجب التأبيد حُكمًا كأنه مصرح فيه بذكر التأبيد لأن الأصل أن «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد»، «والتوقيت يكون زيادة فيه لا يجوز إثباته إلا بالدليل»[٤]. وما دام اللفظ مطلقًا عن أي قيد احتمل أن يراد منه كمال الصفات المرادة منه من حيث العدد والمدة... إلخ، فلا بد أن ينصرف إلى الكمال - كما ورد في

---

(١) نهاية المطلب للجويني ١١/١٥١.

(٢) انظر: اقتضاء الصراط المستقيم لابن تيمية ص ٥٣.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ١٢/٤٨١.

(٤) أصول السرخسي ٢/١٠٠.

القاعدة ذات العلاقة: «المطلق ينصرف إلى الكمال» - وكمال المدة في المتأبد وما يحتمل التأبيدَ التأبيدُ. واللفظ المطلق إذا كان له مسمى معهود أو حال يقتضيه انصرف إليه[1].

ولقد جرى العمل بالقاعدة التي بين أيدينا عند الفقهاء - سواء منهم من أوردها بالصيغ التي ذكرنا أو بصيغ أخرى أو من أعمل مدلولها دون إفراده بصيغة خاصة - كما ظهر ذلك من خلال الشرح والتطبيقات، ومجال إعمالها أبواب المعاملات.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد»[2]، والتوقيت زيادة لا يجوز إثباتها إلا بدليل[3].

تطبيقات القاعدة:

١- الوقف يقتضي التأبيد ولذلك إذا أُطلق اللفظ فيه حمل على التأبيد بمجرد اللفظ المطلق عن ذكر التأبيد. قال الشيخ عليش: «وهو يقتضي التأبيد بلا قرينة»[4]؛ لأن مطلق اللفظ فيما يتأبد يقتضي التأبيد[5].

٢- إذا حلف الرجل لا يجامع امرأته أبدًا - أولم يقل أبدًا [أي أنه أطلق اللفظ عن قيد التأبيد] - فهو مولٍ؛ لأن مطلق اللفظ فيما يتأبد يقتضي التأبيد، ومن ثم لزمته كل أحكام الإيلاء[6].

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٧٤.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٩٤٠.
(٣) انظر: أصول السرخسي ٢/١٠٠.
(٤) منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٨/١٣٥.
(٥) انظر: التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٥٨، والشرح الكبير لابن قدامة ٦/٢٠٤.
(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩/٧، والمبدع لابن مفلح ٨/١٠، وجواهر الكلام للنجفي٣٥/٢٩٦.

٣- «الخيار المشروط في العقد لا يخلو إما أن يكون مؤبدًا بأن يقول المشروط له الخيار: على أني بالخيار أبدًا، وفي هذا الوجه العقد فاسد؛ لأن الأبد ينصرف إلى العمر ويصير تقدير المسألة كأنه قال: إني بالخيار مدة عمري، ولو صرح بذلك يفسد العقد بجهالة المدة كذا ههنا. وكذلك إذا قال: على أني بالخيار، ولم يوقت لذلك وقتًا كان العقد فاسدًا؛ لأن المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد، فكأنه قال: على أني بالخيار أبدًا»[١].

٤- اليمين المطلقة أن لا يدخل الدار، محمولة على التأبيد، فإن قيدها نطقًا في الامتناع من دخولها شهرًا لم يحنث بدخولها بعد انقضائه[٢].

٥- «إطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد»[٣].

٦- لو هادن ولي الأمر مطلقا عن ذكر المدة بطل العقد ولا يُحمل على المدة المشروعة؛ لأن الإطلاق يقتضي التأبيد، وهو لا يجوز لمنافاته مقصوده من المصلحة[٤].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

---

(١) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه ٦/٥٨١.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٥/٣٦٤.
(٣) المغني لابن قدامة ٥/٢٨٤.
(٤) المشروع في عقد الهدنة أربعة أشهر عند قوة المسلمين وعشر سنين عند ضعفهم، قال الماوردي هذا بالنسبة إلى أنفسهم أما أموالهم فيجوز العقد لها مؤبدا، واستثنى البلقيني المهادنة مع النساء فإنها تجوز من غير تقييد بمدة من المدتين السابقتين، فإن انقضت العشر والضعف بنا مستمر، استؤنف عقد جديد وتتم المدة إن استقوينا فيها عملا بما وقع عليه العقد. انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٢٢٥، وحاشية الرملي ٤/٢٢٥.

رقم القاعدة: ٩٦١

نص القاعدة: ارْتِفَاعُ الْمُفْسِدِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ يَرُدُّهُ صَحِيحًا[١].

ومعها:

العقد الفاسد ينقلب صحيحًا إذا حذف الشرط المفسد للعقد.

صيغ أخرى للقاعدة:

إذا ارتفع ما يبطل العقد فهل ينقلب صحيحًا؟[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله[٣]، ولا يجوز تقريره[٤]. (متكاملة).

٢- المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن[٥]. (أعم).

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٥/٧١، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٥٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٨/١١٥.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٢/١٤٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد وبينه إذا دخل في عُلقة من علائقه[١]. (متكاملة).

٤- العقد إذا وقع فاسدًا لا يصح بزوال ما وقع به فاسدًا[٢]. (مخالفة).

٥- الأصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم[٣]. (متكاملة).

٦- العقد الفاسد إذا تعلق به حق العبد لزم وارتفع الفساد[٤]. (متكاملة).

٧- كل ما بطل بيعه لأجل جهالته متى زالت الجهالة - جاز البيع[٥]. (أخص).

٨- البيع المصاحب للشرط المناقض يصح إذا أسقط الشرط[٦]. (أخص).

شرح القاعدة:

العقد الفاسد عند الحنفية ومن وافقهم هو: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه[٧]. أي أنه وقع مستوفيًا لأركانه وشرائط انعقاده[٨]، بأن صدر من أهله في

---

(١) أصول الإمام الكرخي مع تأسيس النظر ص ١٦٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٩٣، ووردت في روضة الطالبين للنووي ٥/٤٨٦، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٤/٢٠٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٢٧، ومطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٣٠٦ بلفظ: "الفاسد لا ينقلب صحيحًا". وقد وردت في حاشية البجيرمي على المنهج ٢/٢١٧، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٣/٢٨٤ بلفظ: "ما وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحًا".

(٣) المبسوط للسرخسي ٨/٨.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٩٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) جمهرة القواعد الفقهية للندوي ٢/٨٤٩، نقلا عن شرح الجصاص لمختصر الطحاوي ١/١٧١.

(٦) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٤٣، ٢٤٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٣٩، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٣١٣.

(٧) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١/٢٥٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٤، ١٣٨، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٦/٤٥، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٥٣.

(٨) شرائط الانعقاد هي: الشروط التي لا ينعقد العقد بدونها، وهي ترجع إلى خلل في ركن من أركان=

محله وموضوعه القابل له، ولكن لازمه أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهيًا عنه شرعًا من أجله[١].

والمفسد هو: وجود سبب من أسباب الفساد في العقد، وذلك إذا فقد العقد شرطًا من شرائط صحته[٢]، من حيث اشتماله على ما كان يجب أن يخلو عنه، كالشروط الفاسدة، أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه، كتعيين قدر المبيع ومعرفة أوصافه.

فالعقد الفاسد في مرتبة بين الصحة والبطلان، فلا هو بالباطل غير المنعقد؛ لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة جوهرية، ولا هو بالصحيح التام الاعتبار؛ لأن فيه إخلالا بنظام التعاقد في ناحية فرعية[٣]. وقد بيّن الإمام القرافي وجه هذا التفريق بين الباطل والفاسد في المعاملات عند الحنفية واستحسنه فقال: «ولأبي حنيفة أن أصل الماهية سالم عن المفسدة والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقًا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز؛ فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية سالم عن النهي، فيثبت

= العقد في ذاته، كالعاقد، والمعقود عليه، مثل: أن يكون العاقد عاقلا مميزا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، ومثل: أن يكون المبيع موجودا، فلا ينعقد بيع المعدوم. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٣٥، الفتاوى الهندية ٣/٢، ٣، المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٢٥.

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٣٤، الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص ٤٠٩.

(٢) شرائط الصحة عند الحنفية هي: الشروط التي إذا فقد منها شرط لا يبطل العقد، بل ينعقد فاسدًا، كخلو العقد من الغرر والجهالة، وخلوه عن شرط ينافي مقتضى العقد، وهي تختلف من عقد إلى عقد. انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٦، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٨١، المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٣٤.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٣٤.

لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب، وهو فقه حسن»[١].

ومعنى القاعدة: أن العقد إذا وقع مستوفيًا لأركانه وشرائط انعقاده، إلا أنه فسد لخلل في وصف من أوصافه وشرائط صحته، فإنه ينقلب صحيحًا إذا أزال المتعاقدان هذا المفسد قبل ثبوته واستقراره، ويجعل المفسد كأن لم يكن؛ فمن باع دارًا من دوره أو سيارة من سياراته دون تعيين فسد البيع للجهالة، فإذا رفعت بالقبض أو التعيين في المجلس انقلب العقد صحيحًا، ومن اشترط في العقد شرطًا يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه، أو باع بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم، ثم نزل صاحب الشرط المفسد عنه، وحصل تحديد الأجل بعد أن كان مجهولا، يصح العقد؛ لزوال المفسد.

إلا أن تصحيح العقد الفاسد بإزالة المفسد مقيد بقيدين:

أولاً: أن يزال المفسد للعقد قبل ثبوته وتقرره وحصول المقصود منه، كما هو مقرر في قاعدة: «المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن»[٢].

ثانيًا: أن يكون الفساد ضعيفًا، أما إذا كان قويًّا - بأن وقع في صلب العقد - فلا ينقلب صحيحًا برفع المفسد؛ يقول الإمام الكاساني: «الأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد، فإن كان قويًّا بأن دخل في صلب العقد - وهو البدل أو المبدل- لا يحتمل الجواز برفع المفسد، كما إذا باع عبدًا بألف درهم ورطل من خمر، فحطّ الخمر عن المشتري فهو فاسد ولا ينقلب صحيحًا. وإن كان الفساد ضعيفًا، وهو ما لم يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد، كما في البيع بشرط خيار لم يوقّت، أو وقَّت إلى وقت مجهول

---

(١) الفروق للقرافي ٢/٨٣، ٨٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٤٣.

كالحصاد والدياس، أو لم يذكر الوقت، فإذا أسقط الأجل من له الحقّ فيه قبل حلوله وقبل فسخه جاز البيع لزوال المفسد»[١].

إلا أن الفساد القوي الذي يكون في صلب العقد يمكن إزالته في مجلس العقد، ويصح العقد؛ لأن «ما في المجلس كالثابت في صلب العقد»[٢]، إذ «المجلس حريم العقد وله حكمه»[٣]، كما لو باع شيئًا بدرهم ورطل من خمر فسد البيع، فإذا أسقط الخمر في المجلس صح العقد؛ لأن «المفسد إن كان في صلب العقد صح الحط في المجلس، ولا يصح فيما وراء المجلس»[٤].

وقد استقصى الفقهاء أسباب الفساد في المعاملات وبينوها[٥]، منها أسباب عامة، ومنها خاصة، تخص عقدا دون عقد، أهمها[٦]:

١- جهالة المبيع أو الثمن أو الأجل في الوصف، لا في الوجود[٧]؛ فمن شروط صحة العقد أن يكون العوضان - كالمبيع والثمن - معلومين علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد. وإذا كان العقد فيه أجل، يشترط لصحته أن يكون الأجل معلومًا، فإن كان مجهولا يفسد العقد، سواء أكانت جهالة الأجل فاحشة، كهبوب الريح ونزول المطر، أم متقاربة كالحصاد والدياس.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٨/٥ بتصرف.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٢٦٨/٦.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ١٦٠/٣.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٩٤/٦.

(٥) وهذه الأسباب تفسد العقد عند الحنفية، ولا تبطله، وأما عند الجمهور فهي أسباب للبطلان، إذ لا فرق عندهم بين الفاسد والباطل.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٥٦/٥ وما بعده، البحر الرائق ٢٨١/٥، ٢٨٢، الفتاوى الهندية ٣/٣، رد المحتار لابن عابدين ٥٠٥/٤.

(٧) أما إذا كانت الجهالة في أصل وجود المعقود عليه فالعقد باطل بالاتفاق، لا فاسد، ولا يمكن تصحيحه.

٢- عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر؛ فمن شروط صحة العقد: أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم من غير ضرر يلحق العاقد، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالعقد فاسد؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد؛ كما إذا باع جذعًا في سقف، أو آجرًا في حائط فإنه لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنـزع والقطع، وفيه ضرر بالبائع، فيكون فاسدًا. فإن نزعه البائع وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ العقد جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع.

٣- الشرط المفسد؛ فمن شروط صحة العقد أن يكون خاليًا عن الشروط المفسدة، كالشرط الذي في وجوده غرر، أو الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري، وليس بملائم ولا مما جرى به التعامل بين الناس، فإذا وُجد فسد العقد؛ كما سيأتي تفصيله في القاعدة الفرعية: «العقد ينقلب صحيحًا إذا حذف الشرط المفسد للعقد».

٤- اشتمال العقد على التأقيت؛ فمن شروط صحة العقد: ألا يكون العقد مؤقتًا، فإن أقَّته فسد العقد، وذلك في العقود التي لا يصح فيها التوقيت، كالبيع والرهن والهبة والنكاح.

٥- اشتمال العقد على الربا؛ فمن شروط صحة العقد خلوه عن الربا، وعن شبهة الربا؛ لأن «الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات احتياطًا»[1]، فإذا وجد ذلك فسد العقد.

٦- الإكراه؛ فمن أكره على العقد إكراهًا مُلجئًا - بالتهديد بإتلاف النفس أو العضو مثلا - فسد العقد، وينقلب صحيحًا بإجازة المكرَه.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٨/٥.

وقد أجمل الشيخ مصطفى الزرقا أسباب الفساد العامة للعقود في ثلاثة أمور، وهي: الجهالة والغرر والإكراه[1]. ثم زاد رابعًا فقال: «ويليها في العموم الشرط المفسد، وهو الشرط التقييدي الممنوع، فإن الشرط المفسد يفسد جميع عقود المعاوضات، كالبيع والاستصناع والإجارة والصلح والقسمة والمخارجة، وكذا عقود الشركة والمزارعة والمساقاة»[2]. وجعل غيرها من الأسباب التي تخص بابًا دون باب.

وهذه القاعدة تمثل مذهب الحنفية، بناء على نظريتهم في التفريق بين الفساد والبطلان في العقود، ووافقهم الزيدية على هذا التفريق[3]، وعليه العمل في القوانين المتبعة في بعض البلدان العربية، وقد اعتمدته اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية ضمن قانون المعاملات المالية العربي الموحد الموسوم بالقانون المدني الموحد على أساس من الفقه الإسلامي[4]. أما الجمهور فالعقد الفاسد عندهم لا ينقلب صحيحًا برفع المفسد؛ لأنه كالباطل، غير منعقد أصلا، فهو في حكم المعدوم، والمعدوم لا يمكن تصحيحه؛ فقد جاء في كتب الشافعية: «لو حذف العاقدان المفسد للعقد، ولو في مجلس الخيار، لم ينقلب صحيحًا؛ إذ لا عبرة بالفاسد»[5]، وقد نص الإمام الشافعي على ذلك بقوله: «إذا عقدا فاسدًا لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح»[6]. وكذا الحنابلة فالقاعدة عندهم أن: «الفاسد لا ينقلب

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٤١.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٧٤٧.

(٣) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضى ١/١٩٩، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٥٣، ٢/٣٣٣.

(٤) انظر: نظرية العقد للدكتور محمود المظفر ص ٣٥٤، ٣٥٥ ط. دار حافظ - جدة.

(٥) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري٢/٣٧، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٣٩٦. وانظر: روضة الطالبين للنووي ٤/٧.

(٦) الأم للإمام الشافعي ٣/٣٩.

صحيحًا»[١]. وقد تابع الجمهورَ على ذلك الإمامُ زفر من الحنفية فالأصل عنده أن: «العقد إذا فسد بوجه من الوجوه لم يصح أبدًا»[٢]، وأن »البيع إذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد»[٣].

وأما المالكية فالأصل عندهم عدم انقلاب العقد من الفساد إلى الصحة كالجمهور، كما نص الإمام الخشني المالكي على ذلك بقوله: «كل بيع انعقد على فساد لم يجز بعد ذلك، وإن أسقطا الوجه الذي دخل من أجله الفساد»[٤]، وقال الخرشي: »إذا وقع العقد فاسدًا ابتداء فلا ينقلب صحيحًا» [٥]، إلا إنهم يفرقون بين البطلان والفساد في حالات معينة، وذلك في الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد، فينقلب العقد صحيحًا إذا أسقط الشرط المفسد للعقد، كما سيأتي تقريره في القاعدة الفرعية: «العقد الفاسد ينقلب صحيحًا إذا حذف الشرط المفسد».

وقواعد الإمامية تدل على متابعتهم لمذهب الجمهور في ذلك؛ إذ الأصل عندهم أن: «الشيء بعد وقوعه لا ينقلب عما هو عليه»[٦]، إلا أن عندهم خلافًا في حذف الشرط المفسد هل يصحح العقد أم لا؟[٧].

ومجال القاعدة هو العقود التي يجري فيها التمييز بين الفساد والبطلان عند الحنفية، وهي عقود التمليكات المالية، كالبيع والإجارة والقسمة والشركة والهبة ونحوها[٨].

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي٢/١٢٧، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٣٠٦.
(٢) الجوهرة النيرة للحدادي ١/١٩١.
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٨.
(٤) أصول الفتيا للخشني ص ١١٧.
(٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/١٩٤.
(٦) أجود التقريرات للخوئي ١/٨٤.
(٧) انظر: القواعد الفقهية للبجنوردي ٤/٢١٥.
(٨) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٣٥.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن»[١] وأدلتها.

٢- لأن المنع إنما ورد على الوصف دون الأصل، والأصل وجد تامًّا بأركانه، فهو لا يرد على الأصل إلا بمقدار قيام الوصف به، فإذا زال عنه الوصف الممنوع بقي الأصل مشروعا، وتترتب عليه آثاره[٢].

٣- لأن العقد انعقد في ذاته مع صفة الفساد، وصفة الفساد لا تمنع صحة أصل العقد، فإن الصفة تبع، لأن قيامها بالموصوف، وبانعدام التبع لا ينعدم الأصل[٣].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- إذا باع جِذعًا في سقف فسد البيع؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر، والضرر غير مستحق بالعقد، لكن إن قلعه وسلمه قبل فسخ البيع جاز؛ لأن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحًا[٤].

٢- لو آجر مشاعًا، كنصيب من دار مشتركة من غير شريكه تفسد الإجارة عند الإمام أبي حنيفة، لكنه إذا قسّم وسلّم صح العقد؛ لزوال المانع[٥].

٣- إذا باع ثوبًا من ثوبين دون أن يشترط فيه خيار التعيين فسد البيع؛ لما

(١) المبسوط للسرخسي ١٤٣/١٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/٨.

(٤) انظر: المبسوط ٢٧/١٣، الهداية للمرغيناني ٤٤/٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٧/٤، العناية للبابرتي ٤١٣/٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٤٧/٦، ٤٨.

فيه من الجهالة[١]، فإذا عين أحد الثوبين انقلب العقد صحيحًا؛ لزوال المفسد.

٤- إذا كانت نسبة الأرباح في الشركة مجهولة، فسدت الشركة، فإذا عيَّن الطرفان الربح المجهول، انقلب العقد صحيحًا؛ لزوال المفسد[٢].

٥- إذا استأجر أرضًا ولم يبين ما يستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فسدت الإجارة؛ لجهالة المنفعة المقصودة منها، فإن بين بعد ذلك انقلبت الإجارة صحيحة، ووجب للمؤجر المسمى في العقد[٣].

٦- لو باع شيئًا بمائة على أن يقرضه المشتري مائة أخرى فالبيع باطل؛ لأنه بيع وسلف، فإذا أبطل البائع سلفه، ورضي أن يأخذ المائة في الثمن، وترك القرض الذي اشترط صح العقد؛ لزوال المفسد[٤].

٧- لو باع إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد والدياس والقطاف والجذاذ، فسد البيع لجهالة هذه الآجال، وهي تفضي إلى المنازعة، فإذا أسقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله انقلب البيع جائزًا؛ لأن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحًا[٥].

٨- لو باع بمثل ما يبيع الناس به، أو باع الشيء بقيمته، فسد البيع للجهالة، ولو عيَّن القيمة في المجلس جاز؛ لأن المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن[٦].

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٨، الدر المختار مع رد المحتار ٥/٦٦.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٥٦.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١١٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٩٠، الجوهرة النيرة للحدادي ١/٢٦١، الفتاوى الهندية ٤/٤٤٠.

(٤) انظر: المدونة الكبرى لسحنون ٣/٥٥٣.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ٦/٤٥٤، ٤٥٥، البحر الرائق ٦/٩٧.

(٦) انظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٧٧، الدر المختار مع رد المحتار ٥/١١٢.

٩- لو باع شيئًا بشرط أن يعطيه المشتري رهنًا، ولم يكن الرهن معينًا ولا مسمى، فالبيع فاسد، لكن إذا اتفقا على تعيين الرهن في المجلس، ودفعه المشتري إليه قبل أن يتفرقا، جاز البيع؛ لأن المانع هو جهالة الرهن، وقد زالت[١].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

٩٦٢- نص القاعدة: الْعَقْدُ الْفَاسِدُ يَنْقَلِبُ صَحِيحًا إِذَا حُذِفَ الشَّرْطُ الْمُفْسِدُ لِلْعَقْدِ[٢].

ومن صيغها:

١- يرتفع الفساد بحذف الشرط[٣].

٢- يصح العقد إذا حذف الشرط المفسد للعقد[٤].

شرح القاعدة:

الشروط الفاسدة المقترنة بالعقود على نوعين:

فمنها: ما تفسد التصرف وتبطله؛ كالشرط الذي يؤدي إلى الغرر والجهالة؛ كأن يبيع شيئًا على أن يدفع ثمنه عند الحصاد أو قدوم الحاج، أو الشرط الذي ينافي مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ كما ما لو باع دارًا بشرط أن يسكنها مدة أو بشرط أن لا يبيعها، وهذه الشروط هي المقصودة بالقاعدة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٧١، البحر الرائق ٨/٢٨٦، الجوهرة النيرة للحدادي ١/٢٣٨.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢/١٧٦، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٢٨٤.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ٦/٣٠٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٥٨.

ومنها: ما يبقى التصرف معه صحيحًا ويبطل الشرط؛ كاشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه ولم يرد شرع ولا عرف بجوازه وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ كأن يبيع شخص سيارة على أن لا يركبها أحد ساعة من الزمن، فالبيع جائز والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يوجب الفساد، ولا يؤثر في العقد، وتعرف بالشروط الباطلة عند الحنفية؛ بناء على تفريقهم بين الفساد والبطلان(١).

ومعنى القاعدة: أن العقد إذا فسد بسبب اقترانه بشرط فاسد يوجب فساده فإنه ينقلب صحيحًا عند إسقاط الشرط المفسد، وتنازل صاحبه عنه قبل تقرره، سواء أكان شرطًا ينافي مقتضى العقد، أم كان شرطًا يؤدي إلى الغرر والجهالة أو غير ذلك من الشروط الفاسدة.

وهذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء كأصلها، فقد أخذ بها الحنفية بإطلاقها، فحذف الشرط المفسد عندهم يصحح العقد مطلقا، ووافقهم المالكية على ذلك، فيصح العقد عندهم بحذف الشرط المنافي لمقصود العقد، إلا خمسة شروط فلا يصح العقد معها ولو حذف الشرط، وهي(٢):

١ - من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، فإنه يفسخ البيع ولو أسقط هذا الشرط لأنه غرر، وكذا لو شرط: إن مات فلا يطالب البائع ورثته بالثمن.

٢ - شرط ما لا يجوز من أمد الخيار، فيلزم فسخه وإن أسقط؛ لجواز كون إسقاطه أخذًا به.

٣ - من باع أمة بشرط عدم الوطء، وأنه إن فعل فهي حرة، فيفسخ البيع ولو أسقط الشرط.

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٤٠، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٢٣٢.

(٢) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش ٥/٥٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٥٨، ٥٩.

٤ - شرط الثنيا[١] يفسد البيع ولو أسقط الشرط.

٥ - شرط النقد - أي تعجيل الثمن - في بيع الخيار، فلا يصح البيع ولو أسقط شرط النقد.

أما الجمهور فلا عبرة عندهم بالعقد الفاسد مطلقًا، وحذف الشرط الفاسد لا يصححه؛ قال الإمام النووي: «حيث فسد العقد لشرط فاسد، ثم أسقطا الشرط لم ينقلب العقد صحيحًا، سواء كان الإسقاط في المجلس أو بعده، وحكى الرافعي وجهًا: أنه ينقلب صحيحًا بالإسقاط في المجلس، وهو شاذ ضعيف»[٢].

وأما الإمامية فالمعتمد عند أكثرهم أن «الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط»[٣]، وعلى القول بالإفساد فلهم في ذلك وجهان؛ قال البجنوردي: «لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد فهل على القول بأنه مفسد يصح العقد، لأنه بعد سقوطه بإسقاط المشروط له ليس شئ في البين كي يكون مفسدًا، أم لا يصح؟ لأن الشئ بعد ما وجد لا ينقلب عما هو عليه، والمفروض أنه وجد باطلا؟»[٤].

وقد ذكر ابن رشد سبب اختلاف الفقهاء في ذلك فقال: «ونكتة المسألة: هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به؟[١]، وهذا أيضًا ينبني على أصل آخر هو: هل هذا الفساد حكمي أو معقول؟ فإن قلنا: حكمي، لم يرتفع بارتفاع الشرط. وإن قلنا: معقول، ارتفع بارتفاع

(١) وهو أن يبتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له. انظر: شرح حدود ابن عرفة ص ٢٥٧، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ٩/ ٤٦٢.

(٣) قواعد الإمامية، لجنة الحوزة ٢/ ٥٨٨.

(٤) القواعد الفقهية للبجنوردي ٤/ ٢٠٨.

الشرط. فمالك رآه معقولا، والجمهور رأوه غير معقول. والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر حكمي، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر»(٢).

ومن تطبيقاتها:

١- العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، فمن أجر شيئًا بشرط الضمان فسدت الإجارة؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، لكن إن أسقط الشرط قبل الفوات انقلبت صحيحة(٣).

٢- من باع عينًا على أن يسلمها إلى أجل، كرأس الشهر مثلا، فالبيع فاسد؛ لأن العقد يوجب تسليمها في الحال، والأجل يختص بالديون دون الأعيان؛ وذلك لأنه شرع تيسيرًا لصاحبه ليتمكن من تحصيل البدل، والعين حاصلة متعينة فلا حاجة فيها إلى التأجيل(٤)، فإذا أسقط الأجل صح البيع؛ لزوال الشرط المفسد.

٣- إذا باع بشرط السلف - كأن يقول للمشتري: أبيعك هذا على أن تسلفني كذا، أو أن يقول المشتري للبائع: أشتريه منك على أن تسلفني كذا - فسد البيع، فإذا أسقط مشترط السلف شرطه، أو رده والسلعة قائمة صح العقد(٥).

---

(١) المحرم العين: ما كان محرمًا بعينه، كالخمر والخنـزير.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٢٢/٢.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤١/٤-٤٢، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٦/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٧٤/٥، الهداية للمرغيناني مع العناية ٤٤٨/٦، تبيين الحقائق ٥٨/٤-٥٩، الجوهرة النيرة للحدادي ٢٠٣/١.

(٥) انظر: تهذيب المدونة لخلف البرادعي ١٤٤/٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨٢/٥، منح الجليل لعليش ٥٠٠/٤.

٤- إذا قال شخص لآخر: اشترِ لي السلعة الفلانية بعشرة بشرط أن تنقدها عني، وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا فهي إجارة فاسدة؛ لأنه حينئذ جعل الدرهمين في نظير سلفه وتوليته الشراء له، أي إنه إنما أعطاه الدرهمين على أن يبتاع له السلعة، وينقد عنه الثمن من عنده، فهو سلف وإجارة بشرط، إلا أنه إذا حذف الشرط صح العقد[١].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٩٠، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/١٠٧.

رقم القاعدة: ٩٦٣

نص القاعدة: الْعَقْدُ الْفَاسِدُ إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْعَبْدِ لَزِمَ وَارْتَفَعَ الْفَسَادُ[١].

قواعد ذات علاقة:

١- العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله[٢]، ولا يجوز تقريره. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا[٣]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

العقد الفاسد عند الحنفية هو: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه[٤].

فهو في مرتبة بين الصحة والبطلان، فلا هو بالباطل غير المنعقد؛ لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة جوهرية، ولا هو بالصحيح التام الاعتبار؛

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٩٤، واقعات المفتين لنقيب زاده ١/١٠٠، ذخيرة الناظر للطوري ١/٢٤/ب.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار ٥/٧١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١/٢٥٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٤- ١٣٨، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٦/٤٥.

لأن فيه إخلالا بنظام التعاقد في ناحية فرعية[١].

والأصل في العقد الفاسد أنه يجب نقضه وإبطاله؛ حقًّا للشرع، ولا يجوز تقريره، ولا الانتفاع بشيء قبضه به، ولكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ، إزالة للخبث ودفعًا للفساد؛ عملا بالقاعدة: «العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، ولا يجوز تقريره»، إلا أن هناك أسبابًا تمنع فسخه وترفع الفساد وتحول العقد إلى الصحة واللزوم. ومن ذلك:

١- إذا أزيل المفسد قبل ثبوته وتقرره ارتفع الفساد وصح العقد ولزم؛ كما هو مبين في قاعدة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا»[٢].

٢- إذا تعلق حق الغير بالعقد الفاسد ارتفع الفساد ولزم العقد، وهذا ما تنص عليه القاعدة.

ومعنى القاعدة: أن من ملك شيئًا بالقبض في عقد فاسد ثم تصرف في ذلك الشيء تصرفا يزيل ملكه أو يرتب للغير حقًّا فيه ارتفع الفساد وامتنع الفسخ؛ حماية لحق الغير من البطلان بعد أن دخل المعقود عليه في ملكه بسبب صحيح؛ كمن اشترى سيارة بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم فسد بيعه، ووجب فسخه للجهالة، ولكن إذا باعها المشتري أو وهبها لغيره ارتفع الفساد ولزم العقد. إلا أن العقد بعد ارتفاع الفساد لتعلق حق الغير به يمضي بقيمة المعقود عليه يوم القبض، لا بالثمن المتفق عليه؛ لفساد المسمى[٣]؛ كما تقرره القاعدة الفقهية: «المستحَق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه، لا المسمى»[٤]، وذهب

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٣٤.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٥/٧١.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٠٣، ١٠٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٦٨، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٧٥، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٤/٣٨١، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٦١.

(٤) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٤٧.

المالكية إلى التفريق بين الفساد المختلف فيه، والمتفق عليه، فالأول إذا فات وجب فيه المسمى؛ مراعاة للخلاف، بخلاف الثاني؛ قال الشيخ خليل: «فإن فات- العقد الفاسد- مضى المختلف فيه بالثمن، وإلا ضمن قيمته حينئذ، ومثل المثلي»[١].

وارتفاع الفساد بالعقد الثاني مقيد بوقوعه صحيحًا؛ كما قال الباجي: «يفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح، فمن اشترى سلعة شراء فاسدًا، ثم باعها بيعا صحيحًا لم يرد بيعه، وصُحح البيع الأول»[٢]. أما إذا كان العقد الثاني فاسدًا فإنه لا يرفع فساد العقد الأول، ولا يمنع الفسخ؛ قال الخرشي: «وقيدنا البيع بالصحيح احترازًا من الفاسد فإنه غير مفيت»[٣]. وهذا عند الحنفية[٤] والمالكية، أما الزيدية فلا يشترط عندهم صحة الثاني، قال أحمد العنسي: «فمن اشترى شيئًا بعقد فاسد، ثم وقفه أو أعتقه بعد قبضه امتنع رده، وكذا لو باعه بيعا صحيحًا أو فاسدًا»[٥].

والقاعدة مقيدة عند المالكية بعدم قصد الإفاتة، أما إذا قصد ببيعه أو هبته أو تصرفاته الأخرى إفاتة العقد الفاسد وإبطال حق الفسخ فلا يرتفع الفساد بتعلق حق الغير به؛ معاملة له بنقيض قصده؛ قال الدسوقي: «المشتري إذا علم بالفساد فباعه بيعًا صحيحًا قبل قبضه أو بعده، وقصد بالبيع الإفاتة فإن البيع الأول الفاسد لا يمضي، ولا يفيته البيع الثاني اتفاقًا. ولا مفهوم للبيع بل الهبة والصدقة كذلك، لا العتق، فإنه فوت؛ لتشوف الشارع للحرية»[٦]؛ أي فيكون العتق نافذًا ولو قصد الإفاتة؛ لأن الشارع متشوف إلى الحرية والإخراج من الرق

---

(١) مختصر خليل ص ١٤٩.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٩٢/٦.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٨٨/٥.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٠٣/٦، الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥.

(٥) التاج المذهب للعنسي ٤٦١/٢.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٥/٣.

تشوفًا شديدًا، فيحتمل فيه ما لا يحتمل في غيره.

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الحنفية والمالكية والزيدية، أما الحنفية والزيدية فالفاسد عندهم غير الباطل، فهو يفيد الملك بالقبض، وأما المالكية فمع عدم تفريقهم بين الباطل والفاسد إلا أنهم يوافقون الحنفية في بعض أحكام الفاسد، ومن ذلك ما نصت عليه هذه القاعدة، يقول ابن رشد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء: أن حكمها الرد أعني رد البائع الثمن، والمشتري المثمن، واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق، أو هبة، أو بيع، أو رهن، أو غير ذلك من سائر التصرفات، هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك إذا نمت أو نقصت؟ فقال الشافعي: ليس ذلك فوتًا، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وأن الواجب الرد، وقال مالك: كل ذلك فوت يوجب القيمة. إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا: أنه ليس بفوت»[1].

أما سائر الفقهاء فالعقد الفاسد عندهم لا حكم له، فلا يفيد ملكًا، ولا يثبت حقًّا، وكذلك ما بني عليه من التصرفات؛ لأن «المبني على الفاسد فاسد»[2]، فلا ينفذ تصرفه في الشيء المقبوض بعقد فاسد؛ لأنه لم يملكه، فيكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتكون تصرفاته كتصرفات الغاصب، كما نص على ذلك الروياني من الشافعية حيث قال: «التصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب إلا في وجوب الحد عليه، وانعقاد الولد حرًّا، وكونها أم ولد[3] على قول»[4].

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١٤٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز للحموي ٤/١٦٠، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٢٤٤.

(٣) أي أن الولد الذي يكون بينهما يحكم عليه بالحرية، وتصبح أمه أم ولد، فتصير حرة بعد موت سيدها، وذلك لتشوف الشارع إلى الحرية.

(٤) المجموع المذهب للعلائي ١/٣٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧.

ومجال القاعدة هو التصرفات التي يفرق فيها بين الفساد والبطلان، وهي العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية، مثل عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والشركة والقرض والهبة ونحوها[(١)].

أدلة القاعدة:

١- لأن نقض العقد الفاسد وعدم لزومه إنما كان لحق الشرع، فلما تعلق به حق العبد بالعقد الثاني قدم حقه على حق الشرع؛ عملا بالقاعدة الشرعية: «ما اجتمع حق الله وحق العبد إلا وقد غلب حق العبد»[(٢)]؛ لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه، وفقر العبد دائمًا إلى ربه وحاجته[(٣)].

٢- لأن العقد الأول – أي الفاسد الذي وقع أولا - مشروع بأصله دون وصفه، والعقد الثاني المبني على الأول مشروع بأصله ووصفه؛ لسلامة أركانه وأوصافه عن المفسدة، فلا يعارضه مجرد فساد الوصف في الأول، فكان العقد الثاني السالم عن الخلل أولى بالتقديم والاعتبار[(٤)].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا تصدق بشيء ملكه ببيع فاسد وسلمه لزم البيع[(٥)]؛ لتعلق حق الغير به.

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٣٥ - ٧٣٦.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٦٨.
(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٥٢، تبيين الحقائق ٤/٦٤، فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٦٦، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٧٥.
(٤) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٥٢، تبيين الحقائق ٤/٦٥، فتح القدير ٦/٤٦٦، البحر الرائق ٦/١٠٣.
(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٣٨٣، منح الجليل لعليش ٥/٧١.

٢- إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد، ثم باعه لغيره بيعًا صحيحًا ارتفع الفساد ونفذ البيع؛ لتعلق حق الغير به[١].

٣- من ملك شيئًا بعقد فاسد ثم وهبه لغيره وسلمه للموهوب له، لزم العقد، وارتفع الفساد[٢].

٤- لو اشترى أرضًا ببيع فاسد وقبضها، ثم وقفها وقفصا صحيحًا، وجعلها للفقراء والمساكين، استقر العقد، وارتفع حكم الفساد؛ لأنه خرج عن ملكه بذلك، وتعلق به حق الغير[٣].

٥- إذا رهن المقبوض بعقد فاسد بدين كان عليه استقر العقد، وارتفع حكم الفساد[٤].

٦- إذا وصى المشتري بما ملكه بعقد فاسد، ثم مات ارتفع الفساد ولزم العقد، وليس للورثة فسخ العقد؛ لأن المبيع انتقل عن ملك الموصي إلى ملك الموصى له، وتعلق حقه به[٥].

استثناءات من القاعدة:

استثنى فقهاء الحنفية بعض المسائل من القاعدة لا يرتفع فيها الفساد بتعلق حق العبد به، وهي[٦]:

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥، اللباب في شرح الكتاب للميداني ٢٩/٢، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٢٤٨/١، المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٩٢/٦.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٦٤/٤، البحر الرائق ١٠٣/٦، الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥، مواهب الجليل ٣٨٣/٤، التاج المذهب للعنسي ٤٦١/٢.

(٣) انظر: البحر الرائق ١٠٤/٦، الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥، ٩٣، التاج المذهب ٤٦١/٢.

(٤) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٦٨/٢، الدر المختار مع رد المحتار ٩٣/٥.

(٥) انظر: البحر الرائق ١٠٤/٦، الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥، الجوهرة النيرة للحدادي ٢٠٥/١.

(٦) انظر: المستثنيات في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٢، الدر المختار مع رد المحتار ٩٢/٥، البحر الرائق ١٠٤/٦، الجوهرة النيرة ٢٠٥/١.

١- إذا وقع عقد البيع عن إكراه كان فاسدًا، فإذا باع المشتري ما قبضه بيعا صحيحًا لم يرتفع الفساد، وللمكرَه نقضه.

٢- إن أجر ما اشتراه بعقد فاسد أو استأجره بإجارة فاسدة لم يرتفع الفساد، وكان للبائع أن يبطل الإجارة، ويسترد المبيع؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد من الأعذار.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

رقم القاعدة: ٩٦٤

نص القاعدة: الْأَصْلُ أَنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَ الْفَسَادِ إِذَا دَخَلَ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ، وَبَيْنَهُ إِذَا دَخَلَ فِي عُلْقَةٍ مِنْ عَلَائِقِهِ[١].

قواعد ذات علاقة :

١- ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا[٢]. (إجمال فصلته القاعدة).

٢- الأصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم[٣]. (متكاملة).

٣- فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض[٤]. (متكاملة).

٤- كل ما بطل بيعه لأجل جهالته متى زالت الجهالة- جاز البيع[٥]. (أخص).

٥- البيع المصاحب للشرط المناقض يصح إذا أسقط الشرط[٦]. (أخص).

---

(١) أصول الكرخي المطبوع مع تأسيس النظر ص ١٦٥، قواعد الفقه للمجددي ص ١٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٤٢٢/٦، رد المحتار لابن عابدين ٤٢٢/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ٨/٨.

(٤) المبسوط ٥٤/٢٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) شرح الجصاص لمختصر الطحاوي ١٧١/١، نقلاً عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٣٢٤/٢.

(٦) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٤٣/٥، ٢٤٤.

شرح القاعدة :

أصل العقد أو صلبه هو : ما يقوم به العقد. والمراد به في القاعدة: البدل والمبدل منه؛ لأن العقد يقوم بهما، فكل فساد يكون في أحدهما يكون فسادًا في أصل العقد[١].

والمراد بعُلقة من علائقه : ما يكون من متعلقات العقد مما هو خارج عن ماهيته وأركانه، كالأجل والشرط المقترن بالعقد.

وهذه القاعدة مبنية على مذهب الحنفية في التفريق بين الفساد والبطلان في المعاملات المالية.

ومعنى القاعدة : أن المفسد للعقد يختلف تأثيره بين أن يدخل في أصل العقد وبين أن يدخل في وصف من أوصافه الخارجة عن ماهيته، فإن وقع سبب الفساد في أصل العقد - وهو البدل أو المبدل - فإن العقد يفسد من أصله، ويلتحق بالباطل في أكثر أحكامه، ولا تترتب عليه آثاره إلا في إفادة الملك بالقبض، ولا يعود العقد صحيحًا إذا أزيل المفسد[٢]، بل لابد من استئناف العقد وتجديده. أما إذا كان المفسد للعقد في علقة من علائقه، بأن كان في شرط من شروط صحته - مثل البيع مع وجود الغرر في وصف من أوصافه، أو اقتران العقد بشرط فاسد؛ كانتفاع البائع بالمبيع بعد البيع مدة معلومة - فإنه ينعقد انعقادًا فاسدًا، ويترتب عليه بعض الآثار، ولذلك كان معتبرًا بالصحيح؛ قال السرخسي: «العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم»[٣]. وينقلب صحيحًا إذا

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٤، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٢٠٠، رد المحتار ٥/٢٥٢، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٥٨.

(٢) إلا أنه إذا أزيل الفساد في مجلس العقد صح العقد، لأن: "المجلس حريم العقد وله حكمه" (المنثور في القواعد للزركشي ٣/١٦٠)، و"ما في المجلس كالثابت في صلب العقد" (فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٦٨).

(٣) المبسوط للسرخسي ٨/٩.

رفع وأزيل سبب الفساد دون حاجة إلى استئنافه وتجديده؛ كما هو مقرر في قاعدة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا»[١].

ومن صور الفرق بين دخول الفساد في صلب العقد أو في غيره أنه من المتقرر شرعًا أن «العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله»[٢]؛ دفعا للفساد، إلا أنه إذا تمكن الفساد في صلب العقد فإن كل واحد من المتعاقدين له أن ينفرد بفسخه قبل القبض وبعده، دون رضا الطرف الآخر، ما دام المبيع بحاله؛ وذلك لقوة الفساد، حتى إذا أراد المشتري أن يرد ما اشتراه بالبيع الفاسد، فلم يقبله البائع منه، فأعاده المشتري إلى منـزله فتلف فلا يكون المشتري ضامنًا. أما إذا كان الفساد في شرط زائد فإن الفسخ بعد القبض يكون لمن له الشرط دون الآخر على المشهور[٣]؛ كما في بيع المكره، فقبل القبض ينفرد كل واحد منهما بالفسخ، وبعد القبض المكرَه ينفرد بالفسخ؛ لأن المفسد هوانعدام الرضا من جهته، فينفرد بالفسخ[٤].

وكذلك إذا اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد فالقول لمدعي الصحة، إلا إن ادعى الفساد في صلب العقد فالقول لمدعي الفساد في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة؛ لقوة الفساد، فيكون ملحقًا بالباطل، وذلك أن الاختلاف إذا كان في الصحة والبطلان فالقول قول مدعي البطلان بالاتفاق عند الحنفية[٥].

إلا أن هناك أحكامًا لا يجري فيها التفريق بين الفساد في الصورتين، كما يشير إلى ذلك تصدير القاعدة بلفظ «الأصل»، ومن ذلك أن العقد الفاسد يفيد

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٦/٤٢٢.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١.

(٣) انظر: المبسوط ٢٤/٩٤ – ٩٥، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٠، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/٤٦٥، رد المحتار ٥/٩١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٩٦-٣٩٧.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٩٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٧٥-٢٧٦، رد المحتار ٥/١٣١، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٧/٢١٩.

الملك بالقبض، سواء أكان الفساد في أصل العقد أم كان في علقة من علائقه، كما تفيده القاعدة: «فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض»[١]، إلا أنه ملك خبيث غير لازم، وكذلك يفيد الضمان في الحالتين؛ «ففاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[٢].

وهذه القاعدة تمثل مذهب الحنفية المبني على نظرية التفريق بين الفساد والبطلان، فالفاسد عندهم غير الباطل، بخلاف الجمهور. ثم إن الفساد عندهم على درجتين، يختلف حكم أحدهما عن الآخر على التفصيل السابق، ووافقهم المالكية على ذلك في بعض الصور، فالفساد الذي يكون في شرط زائد يمكن إزالته عندهم، بخلاف ما إذا كان في صلب العقد، ولم نقف على من وافقهم على ذلك من المذاهب الأخرى.

ومجال تطبيق هذه القاعدة يشمل عقود التمليكات المالية بكافة أنواعها.

أدلة القاعدة:

لأن الفساد الواقع في صلب العقد، راجع إلى أحد البدلين، ولا قوام للعقد إلا بهما، فكان الفساد قويًّا، فيقوى أثره، ولا يحتمل الإسقاط والتصحيح إلا بالاستقبال. وإن كان الفساد غير راجع إلى أحد البدلين، لم يكن قويًّا، فيضعف أثره ويحتمل السقوط[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع شيئًا بألف درهم ورطل من خمر، فسد البيع، ولو أخرجا منه

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/٥٤.

(٢) المنثور للزركشي ٣/٨.

(٣) انظر: المبسوط ٢٤/٩٤، بدائع الصنائع ٥/٣٠٠، الهداية مع العناية ٦/٤٦٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٤.

الخمر لم يعد إلى الجواز؛ لأن الفساد في أصل العقد. ولو باعه بألف درهم مؤجلة إلى الحصاد فسد البيع؛ لجهالة الأجل، فلو أسقطا الأجل قبل مجيء وقت الحصاد عاد العقد إلى الجواز؛ لأنه في علقة من علائقه[١].

٢- إذا شرط المزارع على رب الأرض مع حصته من الزرع دراهم معلومة فسدت المزارعة؛ لأنه باشتراط الدراهم عليه يجتمع الإجارة مع الشركة في الخارج، وذلك مفسد للمزارعة. فإن قال: أبطل الشرط لتجوز المزارعة لم يجز؛ لأن هذا شرط تمكن فيما هو من صلب العقد ومن موجباته، فبإسقاطه لا ينقلب العقد صحيحًا[٢].

٣- إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعي الصحة بأن يدعي وقوع البيع بألف درهم فقط، والآخر يدعي الفساد في صلب العقد؛ بأن ادعى أنه اشترى بألف درهم ورطل من خمر، فالقول قول من يدعي الفساد؛ لأن الفساد في أصل العقد[٣]. بخلاف ما إذا ادعي الفساد في شرط زائد، فإن القول فيه قول مدعي الصحة؛ لأن الفساد في علقة من علائقه[٤].

٤- إذا باع الشيء بالرقم الذي عليه - مثل الباركود في الوقت الحالي[٥] - ولم يعلم المشتري مقداره، كان البيع فاسدًا؛ لجهالة الثمن، فإن

---

(١) انظر: أصول الكرخي المطبوع مع تأسيس النظر ص ١٦٥، قواعد الفقه للمجددي ص ١٥، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢/١٩٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/١٦٠.

(٣) هذا في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، كما سبق بيانه في الشرح.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٣/١٥١، ١٥٢، منحة الخالق على البحر الرائق ٧/٢١٩، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١/٢٥٣.

(٥) وهي أرقام معينة توضع على السلعة تكون رمزا لمعرفة ثمنها أو ما يتعلق بها من بيانات.

أعلمه البائع بعد التفرق من المجلس لم يصح؛ لأن الفساد في صلب العقد[(١)].

٥- إذا قال: بعت منك هذا الشيء، وسكت عن ذكر الثمن، فقال المشتري: اشتريت، فالبيع فاسد؛ لجهالة الثمن، فإذا بينه بعد التفرق وانقضاء المجلس لم ينقلب العقد صحيحًا؛ لأن المفسد قد تمكن في صلب العقد[(٢)]، ويجب استئناف العقد وتجديده.

٦- إذا باع عملة نقدية بجنسها متفاضلا - كالدرهم بالدرهمين - فسد البيع؛ لأجل الربا، ولا ينقلب صحيحًا بإسقاط الدرهم الزائد؛ لأن الفساد في صلب العقد[(٣)]، ويجب استئناف العقد وتجديده.

٧- إذا باع ثوبًا بالخمر فسد البيع، ووجب رفعه، ولكل واحد من المتعاقدين أن ينفرد بفسخه قبل القبض وبعده ما دام المبيع بحاله؛ لأن المفسد متمكن في صلب العقد، فلا يمكن تصحيح البيع، أما إذا كان الفساد في شرط زائد فإن الفسخ بعد القبض يكون لمن له الشرط دون الآخر على المشهور[(٤)].

محمد عمر محمد شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ٥٠٩/٦، تبيين الحقائق ٧٩/٤، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٩٢/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٣/٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١٦٩/٢، فتح القدير ٥٠٩/٦، رد المحتار ٦٠/٥.

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير ٤٥٥/٦، البحر الرائق ٩٧/٦.

(٤) انظر: المبسوط ٩٤/٢٤، ٩٥، بدائع الصنائع ٣٠٠/٥، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٤٦٥/٦.

رقم القاعدة: ٩٦٥

نص القاعدة: قَبْضُ كُلِّ شَيءٍ بِحَسَبِهِ عَلَى مَا جَرَت العَادَةُ فِيه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- قبض كل شيء بحسبه عرفًا[٢].

٢- المرجع في القبض إلى عرف الناس وعاداتهم[٣].

٣- القبض مرجعه إلى عرف الناس[٤].

٤- التسليم في العقد يجب على حسب العرف[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكمة[٦]. (أصل للقاعدة).

---

(١) شرح الزركشي على متن الخرقي ٢/١٠٨.

(٢) مجلة الأحكام لأحمد القاري ١/١٥٢. وانظر: المغني لابن قدامة ٤/٧٧، إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٢٥٧، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٣/٨٠.

(٣) القواعد لابن تيمية ٢/٣١٠.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية٣٠/٢٧٥.

(٥) المغني لابن قدامة ٧/٢٠٠.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[١]. (قيد).

٣- التخلية في البيع الجائز تكون قبضا[٢]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

القبض لغة : الأخذ[٣] واستعمله الفقهاء بمعنى حيازة الشيء والتمكن منه والاستيلاء عليه استيلاء يمكن القابض من التصرف في المقبوض بلا مانع[٤]، وهذه القاعدة تتناول ما يتعلق بالتسليم والتسلم في المعاملات الجارية بين الناس إذا كان التسليم من شروطها.

ومعناها : أن قبض الأشياء المعقود عليها يرجع فيه إلى ما تعارف عليه الناس واعتادوه كل شيء بما يناسبه وما يليق به، فالقبض يختلف في الأشياء بحسب اختلافها في أنفسها وبحسب اختلاف عادات الناس فيها[٥]، فمنها ما يكون قبضه باليد مناولة كالنقود والثياب والحلي ونحوه مما يسهل أخذه باليد، ومنها ما يكون بالنقل كالأحجار والدواب والأثاث والمركبات، ومنها ما يكون بالتخلية كالأرض والدور والأشجار[٦]، بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[٧]. فالقاعدة تشمل كافة الأعمال المتعلقة بالقبض، كصفة التسليم وما إذا كان بالمناولة أو النقل أو التخلية أو غير ذلك، وكموعده وما إذا

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) فتاوى قاضيخان ٢/٢٥٦.

(٣) لسان العرب لابن منظور ٧/٢١٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٨، الرسائل العشر للطوسي ص ٢٧٩.

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧/١٣٢، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٣/٤٩٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤٤، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٢٨٣، المجموع للنووي ٩/٣٣٤، المغني لابن قدامة ٤/٩٠، شرح منتهى للبهوتي ٢/٦٣.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٨، البحر الرائق ٥/٢٦٨.

كان فورًا في مجلس العقد أو متراخيًا بعد التفرق أو إلى موسم من المواسم، وكمكانه، وما إذا كان مرتبطًا بمَحَلَّة أحد العاقدين أو مرتبطًا بمحل التعاقد أو مرتبطًا بشيء آخر، والمرجع في ذلك كله العرف.

وبناءً على أن الأحكام تتغير بتغير العوائد فإن العرف إذا تغير فيما يتعلق بقبض المعقود عليه يتغير الحكم؛ لأن الأمور العرفية تتغير بتغير العرف وتدور معه حيث دار، والأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها[١] ومن أشهر المستجدات المتعلقة بهذه القاعدة جواز دفع العميل للمصرف المالي مبلغًا من النقود بعملة ما - كريالات سعودية - على أن يسجله المصرف لحساب العميل الخاص بعملة أخرى - كدولارات أمريكية - ويعطيه إيصالا بذلك، وكذلك جواز عملية تحويل النقود المباشرة؛ لأن أخذ القيد في البنك وأخذ العميل ورقة القيد أو التحويل وتثبيت المقدار المحول بمثابة قبض له عرفا، والمقرر شرعًا أن قبض كل شيء بحسبه باعتبار العرف السليم[٢].

وهذه القاعدة معمول بها لدى المذاهب الفقهية المختلفة، معلل بها كثير من الفروع والجزئيات، وهي أصل واسع منتشر في المعاملات والحقوق وما يتصل بهما.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «العادة محكمة»[٣]، وأدلتها؛ لأن الأصل ودليله دليل فرعه.

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/٣٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٣٥، طرق القضاء لأحمد إبراهيم بك ص ٤٣٢.

(٢) انظر: القبض، صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها للقره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي السادسة، المجلد الأول ص ٥٣٠- ٥٥٥ - ٦٣٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا صح عقد البيع الواقع على قطعة أرض باستيفاء شروطه، وأخلى البائع الأرض المبيعة للمشتري فارغة بلا حائل بينه وبينه، فقد استحق الثمن وبرئت ذمته من التزامه بالتسليم؛ لأن العرف جارٍ على أن القبض في الأرض يكون بتخليتها للمشتري(١)، وقبض كل شيء بحسبه عرفًا.

٢- إذا اشترى شخص منزلا، فإنه يعد مستلمًا للمنزل فور انعقاد العقد، وهذا ما يسمى بالقبض الحكمي – ويسميه القانونيون التصوري(٢)؛ لأن قبض كل شيء بحسبه عرفا، والعرف جار على أن القبض في بيع الشيء لحائزه يكون تصوريًّا.

٣- يستحق المؤجر الأجرة فيما يتعلق بإيجار الأماكن بالتخلية وتسليم المفاتيح للمستأجر، ولا يتوقف الاستحقاق على استيفاء المنافع(٣)؛ لأن العرف جارٍ بذلك، وقبض كل شيء بحسبه عرفًا.

٤- إذا اشترى شخص ثمرة بعد بدو صلاحها، فإنه يستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح، ولا يُطالب بالقبض فور انعقاد العقد؛ لأن العادة جارية بأن القبض في بيع الثمر بعد بدو صلاحه يكون بعد الكمال(٤)، وقبض كل شيء إنما يكون بحسبه على ما جرت العادة فيه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٨، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٦٨، المغني لابن قدامة ٤/٢١٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٣٣، مغيث الحكام للسينوي١/٢٣/ب، الخلاف للطوسي٣/٩٣، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي طبعة١٤١١هـ.

(٢) التسليم التصوري: هو مجرد إرادة المتعاقدين دون انتقال مادي للحيازة إذا كان الشيء موجودًا تحت يد الشخص مستحق القبض لسبب آخر كإجارة أو وديعة أو عارية أو رهن. انظر: عقد الإيجار للسنهوري ص ٢٣٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٩١.

(٤) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٣٠.

٥- لو أن شخصًا استأجر أرضًا للزراعة أو الغرس، فإن المؤجر لا يستحق الأجرة إلا إذا مكَّن المستأجر من وضع الأرض تحت تصرفه وحيازتها بلا معارضة من الغير أو استحقاقه له(١)؛ لأن العادة جارية على أن القبض في الأراضي الزراعية يكون بالتمكين من زراعتها؛ إذ قبض كل شيء بحسبه عرفًا.

٦- إذا تسلم البائع «شيكًا»(٢) مصدقًا عليه(٣) فإنه يكون قبضًا تامًّا يُمكِّن البائع من التصرف فيه بالبيع والهبة ونحو ذلك؛ لأن العرف الاقتصادي جارٍ على أن الشيك الذي يُحاط بضمانات كبيرة تجعل القابض له مالكًا لمحتواه(٤)؛ إذ القبض في كل شيء بحسبه عرفًا.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: عقد الإيجار لعبد الرزاق السنهوري ص ٢٣٨.

(٢) الشيك: صك يحرر وفقًا لشكل معين يتضمن أمرًا صادرًا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد بمجرد الاطلاع. أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي لسعد بن تركي ص ٥٠، نشر: مكتبة دار ابن الجوزي.

(٣) الشيك المصدق عليه: هو الشيك الذي يؤشر عليه المصرف المالي المسحوب عليه، وبمقتضاه يتم حجز أو تجميد مقابله من الرصيد لمصلحة الحامل إلى حين حضوره للاستيفاء.

(٤) هذا هو رأي أكثر الباحثين، وهناك رأيان آخران: أحدهما لا يعتبر تسلم الشيك قبضًا مطلقًا، غير أن هذا الرأي يتصادم مع العرف الجاري والعادة المألوفة والواقع الضروري في المعاملات المالية الخاصة بالتداول في المبالغ النقدية الضخمة، والثاني: يعتبر تسلم الشيك قبضًا ولو لم يصدق عليه، غير أن هذا الرأي ليس فيه ضمانات كبيرة تجعل القابض للشيك مالكًا لمحتواه. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب أحمد الدرويش ١٣/ ٤٩٤ طبعة ١٤١٩هـ.



رقم القاعدة: ٩٦٦

نص القاعدة: الأَصْلُ فِي الْعُقُودِ بِنَاؤُهَا عَلَى قَوْلِ أَرْبَابِهَا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العبرة في العقود بقول أربابها[٢].

٢- الرجوع في العقود إلى أقوال أربابها[٣].

٣- الاعتماد في العقود على قول أربابها[٤].

٤- القول في العقود قول أربابها[٥].

٥- العقود يرجع فيها إلى قول أربابها[٦].

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ١/١٦٩، الفوائد المبنية للشعراني ١/٨٢/أ. والمراد بأربابها: أي أصحابها. إعانة الطالبين للبكري ٤/٢٦.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٤٢، ٢٨٣، حاشية الجمل ٤/١٥٢، حاشية البجيرمي ٣/٤١٨، إعانة الطالبين ٤/٤٣.

(٣) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٣٤، المنثور للزركشي ١/٣٠٦.

(٤) المقاصد السنية في بيان القواعد الشرعية للشعراني ص ١٥٠.

(٥) فتاوى السبكي ٢/٢٨٥.

(٦) البهجة الوردية مع الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤/١١٨. ووردت بلفظ: "العقود يرجع فيها إلى أقوال أربابها" مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٢٦١.

قواعد ذات علاقة :

١- الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه[١]. (أعم).
٢- ما لا يعلم إلا من جهة الإنسان فإنا نقبل قوله فيه[٢]. (أعم).
٣- من ادعى والظاهر معه فالقول قوله[٣]. (أخص).
٤- اليد دليل الملك[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

شرح القاعدة :

العقد بمعناه الخاص هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل، وبالمعنى العام هو إنشاء تصرف شرعي[٥]. ومعنى أربابها: أي أصحابها[٦].

وهذه القاعدة من تفريعات الأصل العام المقرر في الشريعة وهو بناء الأحكام على الظاهر، إلا أن يثبت خلافه. ومعناها أن العقود بجميع أنواعها وأشكالها - فيما يتعلق بإثباتها وبيان صفاتها وكيفية تنفيذها وإنهائها - يكون مبناها على أقوال أصحابها عند انعدام ما يثبت خلافها، وعليه فإن قول صاحب العقد يترجح على قول غيره عند التدافع حتى يظهر دليل على إثبات العكس[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٤١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٣٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) الفروق للكرابيسي ٢/ ٣٢٩.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٣٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) انظر: العناية على الهداية للبابرتي ٦/ ٢٤٨، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٢٧٨، درر الحكام للملا خسرو ٢/ ١٤٣، المنثور ٢/ ٣٩٧.
(٦) إعانة الطالبين للبكري ٤/ ٣٢.
(٧) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ١٣٠، البيان للعمراني ١٣/ ٢٠٨، الفروع لابن مفلح ٣/ ٨٥٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٥٩.

وهذه القاعدة معمول بمقتضاها عند جميع الفقهاء - في الجملة - «فإن الأيدي نراها تتبدل ولا يُتعرض لها، كمن في يده عين وأراد بيعها أو هبتها أو رهنها أو إجارتها وغيره من التصرفات وقال إنها ملكه جاز الإقدام على معاملته فيها...، وهذا أصل مجمع عليه»(١).

وموضع الاتفاق على اعتبار قول العاقد (ذي اليد) ما إذا لم يسبق منه اعتراف بناقل وإلا فيكون الحكم مختلفًا فيه بين الفقهاء(٢).

ومع أن العقود تُبنى على أقوال أربابها إلا أنه ينبغي للقاضي أن يستظهر الأمر؛ لكون الاستظهار أحوط، ويكون ذلك بأمرين، أحدهما: أن يعلن هل من منازع؟ ليستدل بعدمه على ظاهر الملك. والثاني: أن يحلفهما أن لا حق فيها لغيرهما(٣).

ولقد خرَّج الفقهاء على هذه القاعدة عدة قواعد أخرى وضوابط منها: «من ادعى والظاهر معه فالقول قوله»(٤)، «اليد دليل الملك»؛ فمن كان بيده شيء دل ذلك على ملكيته له ظاهرًا، ويبنى عقوده المالية بناء على هذا الأصل الظاهر، ولا يُسأل عن إقامة البينة على ما في يده.

ومجال تطبيق هذه القاعدة يشمل أبواب العقود المختلفة سواء كانت عقود أمانات أو معاوضات وما يتصل بها.

---

(١) المنثور للزركشي ١/١٦٩.

(٢) انظر: المنثور ١/٢٧٠، وقد ذكر الزركشي مسائل من المسائل المختلف فيها عند الشافعية.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٦/٢٧١، المنثور ١/١٧٠.

(٤) الفروق للكرابيسي ٢/٣٢٩.

أدلة القاعدة:

١- حكى الزركشي عن إمام الحرمين الإجماع على أن الأصل في العقود بناؤها قول أربابها[١].

٢- لأن بناء العقود على أقوال أرباها عمل بالظاهر في مقابلة ظن محتمل، والأصل المقرر شرعًا هو البناء على الظاهر ولا عبرة بالظن المحتمل إذا لم يكن له مستند شرعي[٢].

٣- لو طلب من كل عاقد إقامة البينة على ملك ما يريد التصرف فيه لانسد باب المعاش على الناس؛ إذا لا يقدر على ذلك كل أحد في كل موطن، فلزم من ذلك بناء العقود على قول أربابها باعتبار الأصل[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- لو كانت في يد شخص دابة وادعى أنه اشتراها من زيد ـ مثلا ـ فإنه يجوز للغير أن يشتريها من مالكها، وإن لم يثبت شراؤها منه؛ لأن العبرة في العقود بقول أربابها[٤].

٢- لو قال شخص بخصوص مال تحت يده أنا وكيل في بيعه، فصدَّقه من يعامله صح العقد؛ لأن العبرة في العقود بقول أربابها[٥].

٣- من وهب شيئًا ليس معه به سند ملكية سوى الحيازة، وقال إنه ملكه

---

(١) انظر: المنثور ١/١٦٩.

(٢) انظر: فتاوى السبكي ٢/٢٨٥، حاشية البجيرمي ٣/٥٢٩.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢/١٩.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ١/٣٤٤، نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٤٢.

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢/١٩.

صحت الهبة[١]؛ لأن العبرة في العقود بقول أربابها.

٤- لو ادعت المرأة غيبة وليها وأنها خلية عن موانع الزواج، فهل يعول الحاكم على قولها في ذلك ويزوجها أم لابد من شهادة خبيرين به احتياطًا للأبضاع؟ وجهان: أصحهما: الأول؛ لأن العقود يرجع فيها إلى قول أربابها[٢].

٥- إذا اختلف صاحب الأرض وزارعها فقال الأول: أجرتكها، وقال الآخر: أعرتنيها، ولا بينة لأحدهما، فالقول قول المالك؛ لأن العقود يرجع فيها إلى أقوال أربابها[٣].

٦- إذا طلب أشخاص قسمة ما بأيديهم من مال مدعين أنه ملكهم قسمه القاضي بينهم وفقًا لقولهم[٤]؛ لأن الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها.

٧- إذا دفع رجل ثوبه إلى آخر لخياطته أو لصبغه، ثم ادعى الأجير أنه رده إلى مالكه ولا بينة له، وأنكر صاحب الثوب، فالقول قوله؛ لأن العبرة في العقود بأقوال أربابها[٥].

٨- إذا دفع شخص إلى دائنه عينًا مالية، ثم تنازعا في صفة التصرف، فقال صاحب العين: دفعتها إليك وديعة، وقال الآخر: بل رهنًا، ولا

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ١/١٦٩.

(٢) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٢٢٩، روضة الطالبين للنووي ٧/٩٦، بلغة المسترشدين ص ٤٢٠ الناشر: دار الفكر.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٧/١٢١.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ١/١٦٩.

(٥) انظر: المدونة الكبرى لسحنون ٣/٤٠٥.

بينة لأحدهما، فالقول قول صاحب العين؛ لأن العبرة في العقود بقول أربابها[١].

٩- إن ادعت المرأة أن زوجها خالعها أو طلقها والزوج ينكر ذلك، فالقول قوله والبينة تلزمها؛ لأن الطلاق حق مقرر للرجل فكان القول قوله عند انعدام الحجة[٢]؛ لأن العبرة في العقود بأقوال أربابها.

١٠- من طلق زوجته ثلاثًا، ثم ادعت أنها تزوجت زوجًا آخر وحُلِّلت - وأمكن ذلك حسًّا وعادة - حل للزوج أن ينكحها، وإن كذبها الزوج؛ لأن العبرة في العقود بقول أربابها[٣].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/١١٢.

(٢) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦/٤٢٤.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٨٢، ٢٨٣.

رقم القاعدة: ٩٦٧

نص القاعدة: الْإِضَافَةُ تَصِحُّ فِيمَا لَا يُمْكِنُ تَمْلِيكُهُ لِلْحَالِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا يمكن تمليكه في الحال أو كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل[(٢)].

٢- العقود التي تفيد حكم الملك في الحال لا يجوز إضافتها للمستقبل[(٣)].

قواعد ذات علاقة:

١- إضافة التمليك إلى المستقبل لا تجوز[(٤)]. (مفهوم للقاعدة).

٢- تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل[(٥)]. (مكملة للقاعدة).

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٣٨٨.

(٢) مرشد الحيران لقدري باشا ١/٦٨.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني ١/١٠٧.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦/٤٩٣. ووردت بلفظ: "إضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز" (الهداية شرح البداية للمرغيناني ٤/١٣٤).

(٥) إبراز الضمائر للإزميري ١/٢٤٠، موسوعة البورنو ٣/١٠٧، عمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/٢٥٦/أ، ب (مخطوط). وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- الإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال[١]. (مكملة للقاعدة).

٤- الوكالات مما تقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل[٢]. (فرع للقاعدة).

٥- النكاح لا يجوز إضافته إلى وقت مستقبل[٣]. (فرع للقاعدة).

٦- تصح المزارعة بالإضافة إلى المستقبل[٤]. (فرع للقاعدة).

٧- الشركة لا يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل[٥]. (فرع للقاعدة).

٨- الإبراء لا يحتمل الإضافة[٦]. (فرع للقاعدة).

٩- الهبة لا يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل[٧]. (فرع للقاعدة).

شرح القاعدة :

التمليك لغة : جعل الشيء ملكًا للغير[٨].

واصطلاحًا : نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر، سواء كان المنقول عينًا كما في البيع، أو منفعة كما في الإجارة، وسواء أكان بعوض، أم بدونه، كالهبة والصدقة[٩].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٣/١٦.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٣١٦/٥. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " الوكالة تحتمل التعليق والإضافة".

(٣) البناية في شرح الهداية للعيني:١٦/٢.

(٤) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطوري ٤٤/٨.

(٥) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطوري ٤٥/٨.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٧/٥.

(٧) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطوري ٤٥/٨.

(٨) انظر: لسان العرب لابن منظور ٤٩١/١٠ مادة (ملك).

(٩) انظر: الاختيار للموصلي ٣/٢، ٤١/٣، الذخيرة للقرافي ١٥٩/١، المنثور في القواعد للزركشي ٢٢٨/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢.

والإضافة من معانيها في اللغة: ضم الشيء إلى الشيء[١].

والمراد بالإضافة هنا: إسناد عقد الملك إلى وقت مستقبل، أو إرجاء آثار التصرف إلى الزمن المستقبل الذي حدده المتصرف.

والفرق بين الإضافة والتعليق: أن التصرف في صورة الإضافة إلى زمن مستقبل ينعقد على أنه سبب للحكم في الحال، إلا أن حكم ذلك التصرف يتأخر إلى الزمن المضاف إليه. أما في صورة التعليق فهو مانع للانعقاد في الحال بصورة توجب الحكم؛ لأن التعليق علة للتصرف[٢].

والمراد بالإطلاقات في القاعدة: العقود التي فيها إطلاق تصرف للغير، كالمضاربة والوكالة.

والمراد بالإسقاطات في القاعدة: العقود التي فيها إزالة الملك أو الحق، كالطلاق، والعفو عن القصاص، والإبراء من الدين.

والمراد بالالتزامات في القاعدة: العقود التي فيها التزام للغير، كالكفالة.

والمراد بالولايات في القاعدة: العقود التي فيها ولاية، كالإمارة والقضاء.

ومعنى القاعدة: أن تأجيل أثر العقد ومقتضاه إلى زمن مستقبل يصح فيما لا يمكن تمليكه في الحال. ويصح كذلك فيما كان من العقود من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات. لكنه لا يصح في العقود التي تترتب عليها آثارها من حين إنشائها؛ لأن الإضافة تنافي مقتضى تلك العقود.

والإضافة إلى المستقبل تتبع طبيعة التصرفات، فالتصرفات منها ما يظهر أثرها ويترتب عليها الحكم بمجرد تمام الصيغة، ولا تقبل إرجاء حكمها إلى

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢٠٨/٩. مادة (ض ي ف).

(٢) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه ١٢٩/١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٠٧/١، ٤٠٨.

زمن آخر كالزواج والبيع. ومنها ما تكون طبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا في زمن مستقبل، كالوصية. ومنها ما يقع حكمه منجزًا، كالطلاق إذ تنتهي به الزوجية في الحال، ويصح أن يضاف إلى زمن مستقبل لا تنتهي الزوجية إلا عند حصوله[١].

والعقود المضافة إلى المستقبل هي العقود الصادرة بإضافة الإيجاب فيها إلى زمن مستقبل، وهذه العقود منعقدة في الحال، وآثارها لا توجد إلا في الزمن الذي أضيفت إليه[٢]. وتنقسم العقود من حيث قبولها الإضافة إلى المستقبل إلى ثلاثة أقسام:

١- عقود لا يمكن إلا أن تكون مضافة إلى المستقبل كالوصية والإيصاء، فيقعان بعد وفاة الموصي.

٢- عقود لا تقبل الإضافة وتكون دائمًا منجزة كالبيع والهبة والإبراء والنكاح وغيرها[٣].

٣- عقود تصح ناجزة ومضافة إلى المستقبل، ومنها تمليك المنافع كالإجارة، ومنها عقود التوثيقات وعقود الإطلاقات[٤].

وقد ذكر الحصفكي في الدر المختار التصرفات التي يصح إضافتها إلى المستقبل، والعقود التي لا يصح إضافتها، فقال: «وما تصح إضافته إلى الزمان المستقبل: الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف. فهي أربعة عشر، وبقي العارية والإذن في التجارة فيصحان مضافين أيضًا. وما لا تصح إضافته إلى المستقبل عشرة: البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة والشركة والهبة

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٤/ ٢٣٥.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٤/ ٣١٠٠.

(٣) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري باشا ١/ ٦٨.

(٤) انظر: الأموال ونظرية العقد لمحمد موسى ص٤٢٠ وما بعدها.

والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين؛ لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط»[١]

وقد اتفق الفقهاء على أن عقود البيع، والنكاح، والصلح على مال، والرجعة، والقسمة لا تقبل الإضافة إلى المستقبل؛ لأن هذه العقود يمكن تمليكها وتنجيزها في الحال فلا حاجة إلى الإضافة[٢]. أما ما لا يمكن تمليكه في الحال فيجوز عند عامة الفقهاء إضافته إلى المستقبل مع اختلاف في بعض الصور، كالوقف والوصية. وكذلك ما كان من العقود من باب الإطلاقات والإسقاطات والإلتزامات والولايات فإنه يقبل الإضافة إلى زمن مستقبل، كالمضاربة والوكالة والنذر[٣].

ومما جرى فيه الخلاف بين الفقهاء في جواز إضافته إلى زمن مستقبل أو لا: عقد الإجارة:

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة جواز إضافة الإجارة إلى زمن مستقبل، فإذا أضيف العقد إلى زمن معين ابتدأ بحلوله، كمن استأجر بيتًا مثلا بدءاً من شهر أو سنة مستقبلة[٤] وهو قول للزيدية[٥]. أما الشافعية فذهبوا إلى جواز الإضافة فيما يثبت في الذمة، أما إضافة عقد إجارة منافع الأعيان إلى زمن مستقبل فإنه لا يجوز عندهم[٦]. وهو القول الثاني للزيدية[٧].

---

(١) الدر المختار للحصكفي مع حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٥٦/٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٨/٥، ١٤٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢٣٩/٢، ٤٢٠، ٤٩٨/٣-٥١٧، حاشية القليوبي٣٠٦/٢-٣٣٢، ٣/٤، كشاف القناع للبهوتي٥٠٦/٣، ٥٠٧.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٨٧/٥، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري باشا ٦٨/١.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٤٨/٢، تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٨/٥، ١٤٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٦٣/٣، ٥٦٤، منح الجليل لمحمد عليش ٦٧٠/٣، المهذب للشيرازي ٣٩٩/١، كشاف القناع للبهوتي ٣/٤.

(٥) انظر: شرح الأزهار لابن مفتاح ٩٩/٦.

(٦) انظر: المهذب للشيرازي ٣٩٩/١، حاشية القليوبي ٧١/٣.

(٧) انظر: شرح الأزهارلابن مفتاح ٩٩/٦.

ومجال العمل بالقاعدة هو عقود المعاوضات وعقود التبرعات. ولها أثر كبير في هذا العصر، خاصة في المعاملات والعقود المالية المستحدثة.

أدلة القاعدة:

١- عن عائشة، رضي الله عنها، قالت: «استأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا من بني الديل ثم من بني عبد بن عدي هاديًا[١] خريتًا[٢] وهو على دين كفار قريش، فأمناه فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليالٍ فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليالٍ ثلاث فارتحلا»[٣]. قال الحافظ ابن حجر: «واستنبط من هذه القصة جواز إجارة الدار مدة معلومة قبل مجيء أول المدة»[٤]. فالحديث يدل على جواز إضافة الإجارة إلى زمن في المستقبل، ويقاس عليها غيرها من العقود التي تشترك معها في المعنى نفسه.

٢- عن ابن عمر، رضي الله عنها، قال: أمَّر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، رضي الله عنه، فقال رسول الله ﷺ: «إن قُتل زيد فجعفر، وإن قُتل جعفر فعبدالله بن رواحة»[٥]. ووجه الدلالة: أن الإمارة يجوز تعليقها بالشرط وإضافتها إلى الزمان؛ لأنهما ولاية

(١) المقصود بالهادي هنا: الدليل الذي يعرف الطريق.

(٢) الْخِرِّيتُ: الماهر بالهداية

(٣) رواه البخاري ٣/٨٨، ٨٩ (٢٢٦٣)، (٢٢٦٤)، ٥/٥٨ (٣٩٠٥). وترجم له بقوله: (باب إذا استأجر أجيرا ليعمل له بعد ثلاثة أيام أو بعد شهر أو بعد سنة جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل).

(٤) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٧/١٠٢.

(٥) رواه البخاري ٥/١٤٣ (٤٢٦١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

وتفويض محض، ويقاس عليها غيرها من الولايات كالقضاء والإمامة[١].

٣- الإجماع على بعض فروع القاعدة، كالإجماع على جواز إضافة الإجارة الواردة في الذمة[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- لو قال أحد العاقدين: فسخت الإجارة في ابتداء الشهر الفلاني، انفسخت في ابتداء ذلك الشهر؛ لأن الإضافة تصح في فسخ الإجارة[٣].

٢- يجوز إضافة المساقاة والمزارعة إلى المستقبل؛ لأنهما في معنى الإجارة، كما إذا قال وهو في شعبان: زارعتك أرضي من أول رمضان بكذا. أو قال: ساقيتك بستاني من أول رمضان، وهو في شعبان بكذا[٤].

٣- يجوز إضافة الوقف إلى وقت مستقبل[٥]؛ لأن ما كان من العقود من

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٥، فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/٢٥٤.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٤٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٤٨، ١٤٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٥٦٣، ٥٦٤، منح الجليل لمحمد عليش ٣/٦٧٠، المهذب للشيرازي ١/٣٩٩، كشاف القناع للبهوتي ٤/٣.

(٣) انظر: المادة (٤٩٤) من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام لعلي حيدر ١/٤٠٧.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٧٣- ٣٧٧- ٥٤٢، روضة الطالبين للنووي ٥/١٧٠، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٤٣، القواعد والفوائد للعاملي ١/١٥٤.

(٥) وهذا عند الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٤٨، الفتاوى الهندية ٣/٣٠٥، ٤/٣٩٦، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٨٧، المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمن بن قدامة ٦/٢٥، ٢٦. وعند الشافعية: يجوز إضافة=

باب الإطلاقات والإسقاطات والإلتزامات فإنه يقبل الإضافة إلى زمن مستقبل.

٤- يجوز عند الحنفية والحنابلة إضافة المضاربة إلى المستقبل؛ لأنها من عقود الإطلاقات والإسقاطات، وما لا يمكن تمليكه في الحال أو كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل. ولا يجوز إضافتها إلى المستقبل عند المالكية والشافعية[١].

٥- لا تجوز الهبة المضافة إلى المستقبل؛ لأن الهبة عقد تمليك في الحال[٢]، والعقود التي تفيد حكم الملك في الحال لا يجوز إضافتها للمستقبل.

٦- السلم لا يقبل الإضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول: أسلمتك ألف دينار بعد شهر في قنطار قمح[٣]؛ لأن العقود التي تفيد حكم الملك في الحال لا يجوز إضافتها للمستقبل.

٧- لا يصح إضافة الإبراء من الدين إلى المستقبل ولو إلى وقت معلوم غير الموت؛ لأن الإسقاطات التي فيها معنى التمليك لا تقبل الإضافة إلى المستقبل[٤].

= الوقف إلى المستقبل إذا أشبه التحرير، كما لو جعل داره مسجداً إذا جاء رمضان، حيث جعلها محررة من كل ملك إلا لله عز وجل. انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٣٧٣.

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٤٨، حاشية الطحطاوي ٣/ ٣٦٥، شرح منح الجليل لعليش ٣/ ٦٧٠، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٥٣، نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٢٢٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٤٢٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ١١٨، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ٣/ ٢١٦، المغني لابن قدامة ٦/ ٢٦٤، الإنصاف للمرداوي ٧/ ١٣٣، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/ ٤٣٨.

(٣) لأن من شروط صحة السلم قبض رأس ماله في مجلس العقد عند جمهور الفقهاء.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٣٣، ٢٣٤، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٢٨٩، المهذب للشيرازي ١/ ٣٥٧، المغني لابن قدامة ٥/ ٩٤.

٨- لو قال ولي الزوجة: إذا جاء أول الشهر فقد زوجتك ابنتي، فقال الزوج: تزوجتها، لم يصح العقد؛ لأن الاضافة إلى المستقبل تنافي عقد الزواج الذي يوجب تمليك الاستمتاع في الحال[١]، والإضافة إلى المستقبل لا تصح فيما يمكن تمليكه في الحال.

٩- يجوز عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إضافة الطلاق إلى المستقبل، فلو قال الزوج لزوجه: إن جاء أول الشهر فأنت طالق، طُلقت عند حلول الأجل الذي وقته[٢]. وعند المالكية: تُطلق في الحال؛ لأن إضافة الطلاق إلى الزمن المستقبل أو المحقق مجيئه تجعل النكاح مؤقتًا، فحينئذ يشبه نكاح المتعة، وهو حرام[٣].

١٠- لا يجوز شرعًا شراء أسهم نقدًا عن طريق بنك مع الاتفاق على بيعها بعد مدة لبنك آخر بثمن مؤجل؛ لأن البيع للثاني ليس منجزًا بل هو مضاف للمستقبل[٤]؛ والاضافة لا تصح فيما يمكن تمليكه للحال.

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لمصطفى الخن وآخرين ٥٨/٤، الإنصاف للمرداوي ١٤٦/٨، فقه السنة للسيد سابق ٤١/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٣/٣، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٩٨/٢، مغني المحتاج للشربيني ٥٠٤/٤، الإنصاف للمرداوي ٣٩/٩، كشاف القناع للبهوتي ٢٧٣/٥ - ٢٧٥.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥٥/٤- ٧٦، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣٨٩/٢، ٣٩٠، مواهب الجليل للحطاب ٦٨/٤.

(٤) انظر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية: الجزء الأول فتوى رقم (٣١)- إدارة التطوير والبحوث - مجموعة دله البركة. وهذه المعاملة فيها محذور شرعي آخر إذ هي من قبيل بيع العينة.



رقم القاعدة: ٩٦٨

نص القاعدة: مَنْ تَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ يَظُنُّ أَنَّهُ لا يَمْلِكُهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ يَمْلِكُهُ - فَتَصَرُّفُهُ صَحِيحٌ[١].

قواعد ذات علاقة :

١- لا عبرة بالظن البين خطؤه[٢]. (أعم من القاعدة).

٢- هل يعتبر الظاهر أو ما في نفس الأمر؟[٣]. (أعم من القاعدة).

٣- هل النظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟[٤]. (أعم من القاعدة).

٤- الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف[٥]. (أعم من القاعدة).

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص ١٢٠، القاعدة الخامسة والستون، تصحيح الفروع ٦/١٦٥، الإنصاف ٤/٢٠٧ (بتصرف).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) نواضر النظائر لابن الصاحب ١/٦٩/١، وانظر قاعدة: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) شرح المنهج المنتخب ٢٠٧/١، إيضاح المسالك ص٨٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) كشاف القناع ١٥٧/٣، شرح منتهى الإرادات ٩/٢، مطالب أولي النهى ١٩/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف".

٥- الاعتبار في العبادات بما في ظن المكلف وبما في نفس الأمر[١]. (قسيمة للقاعدة ومكملة لها).

٦- الحكم هل يقدر أنه موجود من حين وجوده أو من حين انكشافه؟[٢]. (مكملة للقاعدة).

٧- من تصرف مستندًا إلى سبب، ثم تبين أنه غيره وهو موجود فتصرفه صحيح[٣]. (مكملة للقاعدة).

شرح القاعدة:

التصرف في اللغة: التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب[٤]. وأما في الاصطلاح فهو ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًّا، سواء كان من جانب واحد أو من جانبين، نقلا أو إسقاطًا، قولا أو فعلا، نافعصا له أو ضارًا[٥].

والمراد بكلمة: (شيء) الواردة في نص القاعدة ما هو أعم من الأعيان، حيث تشمل المعاني أيضًا، والمراد بقولهم فيها: (يملكه) في الموضعين من القاعدة: أي ملك العين أو ملك التصرف.

---

(١) إعانة الطالبين، البكري ١/١٩٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العبرة في العبادات بما في نفس الأمر مع ظن المكلف".

(٢) انظر: المنهج إلى المنهج للشيخ محمد الأمين بن أحمد زيدان ص٥٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) القواعد لابن رجب ص١١٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "من تصرف مستندًا إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود ـ فتصرفه صحيح".

(٤) انظر: لسان العرب والقاموس المحيط، مادة (ص ر ف).

(٥) انظر: تصرفات الأمين في العقود المالية ص٣٥، طبعة مجلة الحكمة – بريطانيا – الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

فمعنى القاعدة أن المكلف إذا تصرف تصرفًا ما في شيء أو في أمرٍ يستدعي ملكًا من المتصرِّف، وكان يظن أنه غير مالك لهذا الشيء أو للتصرف فيه، وبعد أن أوقع التصرف تبيَّن أنه مالك له ومن ثَم للتصرف فيه وأنه كان مخطئًا في ظنه عدم ملكيته له - فإن العبرة في هذه الحالة بما في نفس الأمر وحقيقته ولا عبرة بظنه المخالف للواقع، فيصح تصرفه نظرا لملكيته للشيء أو الأمر المتصرَّف فيه، ولا يؤثر ظنه المخالف في صحة هذا التصرف، وذلك كما لو باع إنسان شيئًا لأبيه على ظن أنه حي وأن هذا الشيء ملك لأبيه، فبان أن أباه قد مات وأن المبيع قد وقع في ملكه بالإرث، فقد تصرف المكلف على ظن عدم ملكه للتصرف فبان في واقع الأمر مالكًا، ولذلك فإن تصرفه يعتبر صحيحًا تترتب عليه آثاره؛ نظرا لما في نفس الأمر لا لظنه المخالف له.

والقاعدة واحدة من تلك القواعد التي تكشف عن الواجب فعلُه إذا ما حدث تعارض بين ظن المكلف وما في الواقع ونفس الأمر، وهذا المعنى موجود في عدة قواعد تكفّلت كل واحدة ببيان جانب منها - وسيأتي التنبيه عليها. والقاعدة العامة في هذا الباب هي قاعدة: «لا عبرة بالظن البيِّن خطؤه»، أي الظن الذي بان وظهر خطؤه؛ ولذلك فالقاعدة متفرعة عنها وتطبيق من تطبيقاتها، كما أن القاعدة تعد أحد فروع قاعدة: «هل النظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟» إذ هي صورة من صورها، وكذلك هي راجعة إلى قاعدة: «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف».

وموضوع القاعدة هو صحة أو فساد التصرف المبني على ما ذكرناه، وهما من الحكم الوضعي، وليس فيها تعرض للحكم التكليفي لهذا التصرف؛ من حرمة أو إباحة أو غيرهما، وفي الحقيقة لا نستطيع إعطاء حكم واحد في هذا الجانب، وإنما يختلف الأمر باختلاف الحال، ولكل صورة حكمها الخاص بها، وللنية دخل في تحديد ذلك في كثير من الصور؛ فمن باع شيئًا يظنه ملكا لغيره يريد بذلك تحقيق ربح كبير له ربما فاته لو لم يفعل، فإنه لا يعتبر آثمًا

بذلك، بخلاف ما لو فعل يريد بذلك إلحاق ضرر به فإنه يكون آثمًا، وعلى كل حال فتصرفه صحيح قضاء إذا ظهر أنه ملكه.

وقد تكاملت مع القاعدة قواعد أخرى تضافرت جميعًا لإعطاء صورة واضحة المعالم لهذا الموضوع المهم وما قاربه، كقاعدة: «من تصرف مستندًا إلى سبب، ثم تبين أنه غيره وهو موجود فتصرفه صحيح»، وقاعدة: «الحكم هل يقدر أنه موجود من حين وجوده أو من حين انكشافه». وإذا كان حديث القاعدة عن التصرفات، فإن قاعدة: «الاعتبار في العبادات بما في ظن المكلف وبما في نفس الأمر» تعتبر قسيمة لها؛ إذ حديثها كما هو واضح عن العبادات، ولما للعبادات من معنى يختلف عن سائر التصرفات فإن الحكم فيها مختلف عن حكم القاعدة وحكم ما شابهها من قواعد.

والقاعدة ذكرها ابن رجب الحنبلي في قواعده، وعنه أخذها غيره من الحنابلة[١]، وقد ذكر، رحمه الله، أن للحنابلة فيها - ومن ثم في تطبيقاتها - وجهين؛ الصحة وعدمها[٢]. والذي رجحه غير واحد من محققي المذهب كالمرداوي وغيره[٣] هو صحة التصرف، ولذلك أوردنا القاعدة باللفظ المذكور الذي فيه بتّ الحكم بالصحة، ونستطيع القول بأن غيرهم من الفقهاء لا يخالفونهم في حكم القاعدة حيث قالوا بأصولها كقاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه»، وقاعدة: «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف» وغيرهما من القواعد، وذكروا تحت هذه القواعد فروعًا فقهية عديدة يصح دخولها تحت القاعدة التي بين أيدينا – ويأتي ذكر بعضها في فقرة التطبيقات إن شاء الله تعالى. وللمالكية قولان في قاعدة: «هل العبرة بالمقصود أو الموجود» التي ترجع إليها هذه القاعدة[٤]، فيتبين بذلك أن لهم في قاعدتنا هذه قولين تبعًا لذلك.

---

(١) انظر: كشاف القناع ١٥٧/٣، شرح منتهى الإرادات ٩/٢، مطالب أولي النهى ١٩/٣.
(٢) انظر: قواعد ابن رجب ص ١٢٢.
(٣) انظر: الإنصاف ٢٠٧/٤، تصحيح الفروع ١٦٥/٦.
(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب ٢٠٧/١، إيضاح المسالك ص٨٦.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «لا عبرة للظن البين خطؤه» وأدلتها؛ لأن القاعدة فرع من فروعها.

٢- ليس في نصوص الشرع ما يوجب اعتبار ظن المكلف في التصرفات غير العبادات، ولكن الوارد فيه اعتبار شرائط وأركان التصرفات مما له شروط وأركان، فالواجب الوقوف عند ما اعتبره الشرع دون ما لم يعتبره.

تطبيقات القاعدة :

١- لو باع ملك أبيه بغير إذنه على ظن أنه حي ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له غيره فإن تصرفه صحيح؛ بناء على اعتبار ما في نفس الأمر لا ما في ظنه[1].

٢- لو أبرأ شخصٌ شخصًا آخر من مبلغ من المال معتقدًا أنه لا شيء له عليه ثم تبين أنه كان له في ذمته ذلك المبلغ - صح الإبراء نظرًا لما في نفس الأمر لا بما في ظنه المخالف له[2].

٣- لو اشترى شيئًا ضائعًا من مالكه، وكان المشتري يظن أنه لا يقدر على تحصيله، فبان بخلاف ذلك وأنه متمكن في حقيقة الأمر من تحصيله - فشراؤه صحيح للقاعدة[3].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٣٤/٦، كشاف القناع ١٥٧/٣، حاشية الروض المربع ٣٤٠/٤، الإنصاف ٢٠٧/٤، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٦٢/١، نهاية المحتاج للرملي ٤٠٥/٣، إعانة الطالبين للبكـري ١٩٦/١، قواعد الأحكام ٥٦/١، تصحيح الفروع ١٦٥/٦، قواعد ابن رجب ص ١٢٠ القاعدة الخامسة والستون، وذكر أن في المذهب وجها آخر بعدم الصحة.

(٢) انظر: تصحيح الفروع ٣٤٢/٦، قواعد ابن رجب ص ١٢٠ القاعدة الخامسة والستون، وذكرا أن في المذهب وجها آخر أنه لا يصح.

(٣) انظر: قواعد ابن رجب ص ١٢٠ القاعدة الخامسة والستون، وذكر أن في المذهب وجها آخر أنه لا يصح.

٤- إذا لم يعلم الوكيل بالوكالة له، مثل أن يوكله غيره في بيع داره أو إجارتها، ولم يعلم بالوكالة، لكنه فعل ذلك من عند نفسه - نفذ بيعه وإجارته؛ نظرًا لما في نفس الأمر[1].

٥- لو تصرف في عين غصبها ببيع أو رهن أو هبة أو نحو ذلك وهو يعتقد أنها مغصوبة فبان أنها ملكه – صح تصرفه؛ نظرًا لما في نفس الأمر[2].

٦- لو أتلف مالا يظنه لغيره، فبان أنه ملكه كانت تبعة ذلك عليه هو دون غيره، عملا بما في نفس الأمر لا بما كان في ظنه[3].

٧- إن رهن شخص عينًا يظنها لغيره فظهر أنها له أو قد أذن له فيها – صح الرهن؛ اعتبارًا بما في نفس الأمر لا بما في ظنه[4].

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: كشاف القناع ٤٦١/٣، مطالب أولي النهى ٤٣١/٣، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص٨٣، نهاية المحتاج، الرملي ٤٠٥/٣، تصحيح الفروع ١٦٥/٦، قواعد ابن رجب ص ١٢٠ القاعدة الخامسة والستون، وذكر أن في المذهب وجها آخر أن البيع لا يصح.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤٠٣/٥، وحكى في المذهب وجها آخر بعدم الصحة

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١ ضمن قاعدة الأمور بمقاصدها

(٤) انظر: كشاف القناع ٣٢٨/٣

رقم القاعدة: ٩٦٩

نص القاعدة: العِبْرَة في العُقُود بِمَا في نَفْس الأَمْر لا بِمَا في ظَنّ المُكَلَّف[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الاعتبار في العقود بما في نفس الأمر[٢].

٢- مدار العقود على ما في نفس الأمر[٣].

٣- العبرة في صحة العقد بموافقة الشرع في الواقع ونفس الأمر، لا في ظن العاقد فقط[٤].

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٦٩، حاشية تحفة المحتاج ٧/٢٣٦، فتح المعين ٣/٣٠٠- ٣٢٢، موسوعة القواعد والضوابط للندوي ١/٣١٨، ووردت بشطرها الأول فقط (العبرة في العقود بما في نفس الأمر) في: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٢٧، ٦/٤٥- ٢٢٠، تحفة المحتاج للهيتمي ٥/٤٣، ٢٥٢، ٧/٢٣١، ٩/٢٧٩، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤/٣٣-١٥٤، إعانة الطالبين للبكري ٣/١٢- ١٦- ٣٧٠، حاشية الجمل على المنهج ٥/٢١٤، فتاوى ابن حجر الهيتمي الفقهية الكبرى ٢/٢٤٠، ٤/٣٩، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢٨٠، الشرواني على تحفة المحتاج ٨/٢٤٢، حاشية أسنى المطالب للرملي ٢/١٥١، كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٤٦، ٥/٤٧.

(٢) كشاف القناع ٣/٤٦٢.

(٣) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٦٥.

(٤) تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٢/١٦٤.

٤- الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف[١].

٥- المعاملات مبناها على ما في نفس الأمر[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- لا عبرة بالظن البين خطؤه[٣]. (أعم من القاعدة).

٢- هل النظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟[٤]. (أصل للقاعدة).

٣- الاعتبار في العبادات بما في ظن المكلف وبما في نفس الأمر[٥]. (قسيمة للقاعدة).

٤- الحكم هل يقدر أنه موجود من حين وجوده أو من حين انكشافه؟[٦]. (مكملة).

٥- من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه، فتبين أنه كان يملكه فتصرفه صحيح[٧]. (علاقة العموم والخصوص الوجهي).

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ١٥٧/٣، شرح منتهى الإرادات له ٩/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٩/٣، كشف المخدرات لعبد الرحمن بن عبد الله البعلي ٣٦٣/١، حاشية الروض لابن قاسم ٣٤٢/٤، ووردت بلفظ: "العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر" في: كشاف القناع ٣٢٨/٣، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٦٧.

(٢) التحفة السنية لعلي بن محمد الهندي ٤٤/١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦١، شرح الخرشي على خليل ٢١٤/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص٨٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ص٢٠٧، الإسعاف بالطلب للتواتي ص٦٤، إعداد المهج لأحمد بن المختار الشنقيطي ص٥٨، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢٦٧/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) إعانة الطالبين للبكري ١٩٦/١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العبرة في العبادات بما في نفس الأمر مع ظن المكلف".

(٦) انظر: المنهج إلى المنهج للشيخ محمد الأمين بن أحمد زيدان ص٥٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٦- من تصرف مستندًا إلى سبب، ثم تبين أنه غيره وهو موجود فتصرفه صحيح[١]. (علاقة العموم والخصوص الوجهي).

٧- العبرة في شروط البيع بما في نفس الأمر[٢]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

المراد بعبارة (نفس الأمر) الواردة في لفظ القاعدة: واقع الأمر وحقيقته، وهي مقابِلة لظن المكلف المخالف لهذا الواقع.

ومعنى القاعدة أنه إذا حدث خلاف في عقد من العقود أو في معاملة من المعاملات بين ظن المكلف وبين واقع الأمر وحقيقته فإن المعتبر حينئذ هو ما كان مطابقا للواقع وحقيقة الأمر، ولا عبرة بما ظنه المكلف فيها، فيحكم على المعاملة بما تستحقه من صحة أو فساد أو غيرهما بناء على ما يتناسب مع حقيقة الأمر، ولا يؤخذ في الاعتبار ظن المكلف المخالف لهذا الواقع، فهو غير منظور إليه فيها، فإذا تصرف الإنسان في شيء يظن أنه يملك التصرف فيه بملك أو توكيل أو نحوهما مثلا، ثم بعد التصرف تبين أنه لا يملك ذلك التصرف لم ينعقد العقد، وليس ينفعه ظنه الخطأ المخالف لحقيقة الأمر، وإذا ظن أنه لا يملك التصرف فيه فتصرف فيه مع ذلك ثم بان أنه كان يملك التصرف فيه صح تصرفه ولم يضره ظنه المخالف لحقيقة الأمر.

وبهذا يتبين أنها تتناول حالة وجود خلاف بين ما كان يظنه المكلف وبين ما ظهر في حقيقة الأمر، وليس المراد ترك العمل بظن المكلف مطلقًا؛ فإن لغلبة الظن أثرًا واضحًا في التشريع الإسلامي حتى في باب المعاملات كما في

---

(١) القواعد لابن رجب ص ١١٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "من تصرف مستندًا إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود ـ فتصرفه صحيح".

(٢) حاشية الشبرملسي على نهاية المحتاج ١٩٢/٤، وحاشية الجمل ٢٤٧/٥.

جواز البيع والشراء وإجراء العقود مع من يغلب على الظن حل ماله، وغير ذلك من مسائل.

وإنما كان الحكم لما في نفس الأمر وليس لظن المكلف في العقود والمعاملات، ولم يكن لظن المكلف أثر فيها على حسب ما اقتضت القاعدة - لتعلق العقود بحقوق العباد، وحقوق العباد قائمة على مراعاتها في نفس الأمر وأخذ كل ذي حق حقه بغض النظر عن إصابة الظن أو خطئه، إذ الواجب مراعاة حصول الحق لصاحبه وإن أخطأ الظن، كما أن النية لا تشترط فيها، ولذلك لم يؤثر فيها ظن المكلف[1]، والذي يظهر أثر الظن فيه واعتباره إنما هو العبادات؛ لأن العبادات حق لله تعالى، والعبادات يراد أن يكون العمل فيها موافقا لعلم المكلف أو ظنه الغالب، فلو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لم يجزه ذلك[2]، وفي ذلك تقرر القاعدة التي هي قسيمة لقاعدتنا: أن «العبرة في العبادات بما في ظن المكلف وبما في نفس الأمر جميعًا».

كما يتبين أن القاعدة متفرعة عن القاعدة الشهيرة: «لا عبرة للظن البيِّن خطؤه»؛ حيث إن مردّ القاعدة إلى عدم اعتبار ظن المكلف الذي ظهرت مخالفته للواقع في العقود والمعاملات خاصة، بينما تلك تعم المعاملات وغيرها.

والقاعدة قد أكثر فقهاء الشافعية والحنابلة من ذكرها والتنصيص عليها بصيغتها المختارة وصيغها الأخرى، كما هو واضح من مصادر ورودها آنفة الذكر، وهي المذهب عندهما مع وجود قول أو وجه آخر في فروع القاعدة عندهما[3]. ويوافقهم الحنفية عليها بالنظر إلى الفروع الفقهية التي أوردوها تحت

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤٠٥/٣، حواشي الشرواني والعبادي ٢٧٥/٤، إعانة الطالبين للبكري ١٦/٣.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦١.

(٣) انظر: ذلك عند الشافعية فيما ذكره ابن الوكيل في أشباهه ص ٢٣٧ - ٢٤١ تحت قاعدته (إذا فعل=

القاعدة التي هي أصل لها وهي: «لا عبرة بالظن البين خطؤه» المنصوص عليها عندهم[1]. وأما المالكية فقد اشتهر عندهم أصل هذه القاعدة الذي عبروا عنه بصيغة الاستفهام فقالوا: «هل النظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟»، وأوردوا تحته العديد من تطبيقات القاعدة التي بين أيدينا، ولهم فيه وفيما أوردوه من تطبيقات قولان بناء على هذين النظرين، فيجري هذا الخلاف عندهم في قاعدتنا بناء على ذلك؛ إذ معنى القاعدة التي بين أيدينا داخل تحت ذلك الأصل.

وقد تفرع عن القاعدة الضابط المعبَّر عنه بقول الفقهاء: «العبرة في شروط البيع بما في نفس الأمر»؛ إذ معنى القاعدة فيها لكن في مجال أضيق من مجالها، كما أنها تتكامل مع قواعد الظهور والانكشاف في موضوعها، وبينها وبين القاعدتين: «من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه، ثم تبين له أنه يملكه فتصرفه صحيح»، وقاعدة: «من تصرف مستندًا إلى سبب، ثم تبين أنه غيره وهو موجود فتصرفه صحيح» علاقة العموم والخصوص الوجهي؛ لأن هاتين القاعدتين أعم من جهة أن موضوعهما التصرف وهو أعم من العقود والمعاملات، بينما قاعدة العقود والمعاملات أعم من جهة عدم اختصاصها بحالة صحة ما في نفس الأمر.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة: «لا عبرة للظن البين خطؤه» وأدلتها.

٢- ليس في نصوص الشرع ما يوجب اعتبار ظن المكلف في المعاملات

= فعلاً بناء على أنه صحيح أو فاسد فبان في نفس الأمر بخلاف ما اعتقده، فهل ينظر إلى اعتقاده أو إلى ما في نفس الأمر؟)، وعند الحنابلة فيما ذكره ابن رجب في قواعده ص١٢٠ في فروع قاعدة "من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه، ثم تبين له أنه يملكه" التي هي فرع عن قاعدتنا، وانظر: لهم كذلك: القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ١/٨٣ فما بعدها.

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦١، حاشية ابن عابدين ٦/١٥٩.

والعقود الدائرة بين الناس، ولكن الوارد فيه اعتبار شرائط العقود وأركانها، فالواجب الوقوف عند ما اعتبره الشرع دون ما لم يعتبره.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا لم يعلم البائع أن المبيع ملكه، بأن ظنه لغيره فباعه من عند نفسه - كما في تصرف الفضولي - فبان أنه قد ورثه صح البيع؛ لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف[١].

٢- إذا عقد شخص عقد بيع أو إجارة أو هبة أو غيرها من العقود على ما يظنه ملكًا له ثم تبين عدم ملكيته له؛ فإن ذلك لا يصح[٢]؛ لأن العبرة في العقود بما نفس الأمر لا بما في ظن المكلف.

٣- لو تبرع مَن لم يُعلم رشده، وهو تحت الحجر، فقامت بينة برشده وقت التبرع - نفذ تبرعه، وكذلك سائر عقوده؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر[٣].

٤- إذا باع المحجور عليه بعضَ ما يملك، وهو يظن أن حجره لا يزال باقيًا، فبان أنه قد انفك حجره - فمعاملته صحيحة؛ لأن العبرة في المعاملات والعقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف.

٥- إن رهن شخص عينًا يظنها لغيره فظهر أنها له أو قد أذن له فيها - صح الرهن؛ إذ العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر[٤].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٣٤/٦، كشاف القناع ١٥٧/٣، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٣٤٠/٤، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٦٢/١، نهاية المحتاج للرملي ٤٠٥/٣، إعانة الطالبين للبكري ١٩٦/١، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٥٦/١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٥٦/١.

(٣) كشاف القناع ١٥٧/٣.

(٤) كشاف القناع ٣٢٨/٣.

٦- إذا توكل في عقد من العقود ظانًّا بقاء وكالته، ثم كذب ظنه بأن مات الموكل أو أزال الملك عما وكله فيه - بطل العقد[١]؛ لأن العبرة في المعاملات بما نفس الأمر، لا بما ظنه المكلف.

٧- لو آجر دارًا على ظن أنها وقف عليه وكان ناظرًا فظهر بعد مدة بطلان الوقف لكون الواقف شرط فيه البيع بلفظه لأنها صارت ملكًا له بالوراثة من الواقف حيث لم يصح الوقف فمقتضى القاعدة اعتبار ما في نفس الأمر فتبقى الإجارة ولا تفسخ حيث لم يكن ثم وارث غيره على أن اعتبار ما في ظن المكلف غير مناف لإبقاء الإجارة وعدم فسخها[٢].

٨- إذا عقد على مَن اعتقد حرمتها عليه أو ظن وجود مانع من النكاح كأن يظنها معتدة، ثم تبين خلاف ذلك فإنه يصح نكاحه؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر[٣]، وإذا تزوج امرأة يظنها خالية من الموانع أو لظنها موت زوجها أو طلاقه لها فتبين خلاف ذلك بطل نكاحه[٤]؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف.

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٢/٥٦، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص٨٨، شرح النيل لأطفيش ٦/٢٢٢.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ١/٤٦٠.

(٣) انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب ٤/١٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦١، وللمالكية فيها قولان بناء على أصلهم: هل العبرة بالمقصود أو بالموجود. انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٢٠٧.

(٤) انظر: قواعد الأحكام ٢/٥٧، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٦٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦١، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٨٧.

٩- لو أقر بطلاق زوجته ظانًّا الوقوع بإفتاء المفتي فتبين عدمه - لم يقع الطلاق[١]؛ اعتبارًا بما في نفس الأمر.

١٠- إذا أوصى إنسان بشيء عند موته، ثم تبين أنه لا يملكه – لم تنفذ وصيته؛ نظرًا لما في نفس الأمر، وهو عدم الملك، لا بما في ظن المكلف الملك[٢].

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٥٦.

رقم القاعدة: ٩٧٠

نص القاعدة: التَّرَاضِي هُوَ الـمَنَاطُ الشَّرْعِي فِي الـمُعَامَلاتِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المناط في البيع وغيره من المعاملات هو التراضي[٢].

٢- المناط الشرعي في جميع المعاملات هو التراضي[٣].

٣- التراضي يقتضي الحل[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- لا يحل مال أحد إلا بتراض أو بنص يوجب إحلاله[٥]. (أخص).

٢- إنما يقع التراضي على ما علم وعرف[٦]. (قيد).

٣- التراضي يصحح كل معاملة إلا ما كانت محرمة في نفسها[٧]. (قيد).

---

(١) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٧٨، ووردت فيه ٤/٢٦٦ بلفظ: "المناط الشرعي في جميع المعاملات هو التراضي".
(٢) السيل الجرار للشوكاني ٤/٢٥٩.
(٣) السيل الجرار١/٨١٣.
(٤) غرائب القرآن لنظام الدين النيسابوري ٢/٣٩٩.
(٥) المحلى لابن حزم ٧/٥٧٥، وانظر قاعدة: "الأصل في الأموال العصمة"، في قسم القواعد الفقهية.
(٦) المحلى لابن حزم ٧/٢٩٤، وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة"، في قسم القواعد الفقهية.
(٧) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٢٢.

٤- الأصل في العقود هو التراضي[١]. (أخص).

٥- المناط في البيع هو التراضي وطيبة النفس[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

الأصل أن مصالح الآدميين معصومة محمية لا يحل التصرف فيها والانتفاع بها إلا من جهة مالكها، ولا يحل ذلك لغيره إلا بأسباب شرعية، وهذه الأسباب ترجع إلى جهتين: إما من جهة الشرع كالزكاة والكفارات والأخذ بالشفعة والحدود، وهذه المصالح لا تتوقف فيما يتعلق بنفاذها على رضاء من وجبت عليه. وإما من جهة المالك وذلك بأن يوافق موافقة صحيحة تامة على نقل ما يصح نقله إلى الغير على سبيل المعاوضة أو التطوع، وهذه الجهة هي التي تعالجها القاعدة محل الصياغة.

وهذه القاعدة تدور عليها جميع المعاملات بين الخلائق، وهي تفيد أن التراضي في جميع المعاملات ركن لا يجوز إهماله، فهو مناط الحل وأساس تبادل الملك، فمن لم تطب نفسه عن شيء من حقوقه لم يجز لأحد أن يأخذه منه كرهًا، والحكمة من جعل الشرع التراضي مناطًا في جميع المعاملات؛ لأن في ذلك نزاهة للنفس والمجتمع وطهارته من أسباب النزاع؛ لأن الاستيلاء على الأموال بغير موافقة أصحابها يؤدي إلى التنازع والتشاحن والتقاتل، ولذا عقَّب الله تعالى النهي عن أكل أموال الناس بالباطل بالنهي عن قتل أنفسهم[٣] في قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن

---

(١) القواعد لابن تيمية ٢/ ٢٩٠، وبلفظ آخر: "مناط الانعقاد هو التراضي" التحرير والتنوير ٥/ ٢٤.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/ ٦، وبصيغة أخرى: "مبنى البيع على التراضي لا الجبر" فتح القدير ٢/ ١٩٠، تبيين الحقائق ١/ ٢٧٠، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "البيع منوط بالرضا".

(٣) انظر: زهرة التفاسير ١/ ٢٧٣٧.

﴿تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء: ٢٩].

وتجدر الإشارة إلى أن الرضا في حقيقته وصف خفي كامن في النفس وهو ما يسمى بالإرادة الباطنة[١]، والمقرر شرعا أن الأحكام إنما تناط بالأوصاف الظاهرة المنضبطة، فوجب أن يقوم مقام الرضا النفسي مظهر خارجي محسوس حتى يتعلق به الحكم، وهو ما يسمى بالإرادة الظاهرة، وهذا يتحقق بكل وسيلة مستعملة في الكشف عن المقاصد وإظهار الرغبات، سواء كانت لفظًا واضحًا أو كتابة مستبينة أو إشارة مفهمة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على المقصود، وليس لذلك حد مستمر لغة وشرعًا بل كل ما يدل على الرضا ويعبر عنه فهو يقوم مقامه؛ لما تقرر شرعًا من أن دليل الرضا كصريحه، ولابد من توفر شروط لاعتبار هذا الرضا نوجزها فيما يلي:

١ـ أن يصدر الرضا من شخص صحيح الإرادة سليم الاختيار ثابت الولاية:

معلوم أن التراضي أداة لتحقيق مصالح ضرورية، ومما لا شك فيه أن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق قلت أو كثرت تقترن بها أو تسبقها أو تلحقها، وهذا يستلزم أن يكون الشخص قادرا على تصور معنى المعاملة التي يتعلق بها رضاه بالقدر الذي يتوقف عليه الامتثال في الوفاء بما يترتب عليها، وضابط هذا أن يكون صحيح الإرادة سليم الاختيار ثابت الولاية، وعليه فلا يتصور الرضا المعتبر شرعا من المجنون، والصبي فيما لم يؤذن له فيه، والمكرَه فيما أكره عليه ومن في حكمهم ممن زالت أهليته بعارض[٢].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للبجنوردي ٣/١٩٨.

(٢) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/١٢١- ٢٨٨، الوسيط للسنهوري ١/١٨٣.

٢ـ أن يكون محل التراضي حقًّا للعبد :

إنما يكون التراضي مناطًا للمعاملات في مجال ما يتعلق بحق العبد، وهذا ما يفيده ظاهر الصيغة المختارة وصياغاتها المتنوعة. أما حقوق الله فلا تسقط بالتراضي بين العباد، فالحدود تقام على الجناة كارهين، والواجبات المالية كالزكاة تؤخذ من الممتنعين عن إخراجها مقهورين[١].

٣ـ وجود محل التراضي والعلم به :

يشترط لصحة التراضي وروده على محل موجود معلوم، فالرضا لا يتحقق بالشيء إلا بعد العلم به ومعرفته وهذا يستلزم وجوده أيضًا[٢]، وهذا ما دلت عليه قاعدة: «إنما يقع التراضي على ما علم وعرف»[٣]؛ لأن التراضي الصحيح التام بضرورة الحس لا يمكن أن يكون إلا بموجود معلوم علمًا نافيًا للجهالة[٤]؛ إذ لا يمكن أصلا وقوعه على ما لا يدرى صفته وقدره، ويحصل العلم والمعرفة به إما عن طريق المشاهدة أو الوصف[٥].

٤ـ قابلية محل التراضي للتعامل فيه شرعًا :

فالتراضي الصحيح لا يكون على ما يخالف حكم الشرع وينافيه، وهذا ما دلت عليه قاعدة: «التراضي يصحح كل معاملة إلا ما كانت محرمة في نفسها»[٦]، وعلى هذا فإن التعاقد على الميتة والخمر والخنزير، وبُيَيْضات الآدميات وأرحامهن ونطف الآدميين، وعلى الأموال الربوية مفاضلة ونسيئة،

---

(١) انظر: الأم للشافعي ١/٢٩٢، الإقناع للخطيب الشربيني ٤/٤٨، كشاف القناع ٢/١٧٨.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٨٨، بدائع الصنائع ٥/١٣٨، حاشية الدسوقي ٣/١١، بلغة السالك ٢/٢٨٥، إعانة الطالبين ٣/١٠٨، المغني ٤/٢٤٦.

(٣) المحلى لابن حزم ٧/٢٩٤.

(٤) الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات لعبد الله علي محمود الصيفي ص ٣٧، ٦١ نشر: دار النفائس، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ/٢٠٠٦م.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٧/٢٢٣.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٢٢.

وعلى الحريات الشخصية، ونظائر ذلك مما لا يصح التعامل فيه شرعًا - باطلٌ لا يحل.

وهذه القاعدة بالشرائط المذكورة معمول بها لدى جميع الفقهاء، ومجال إعمالها كافة المعاملات الجارية بين الناس سواء كانت متعلقة بالمعاوضات أو التبرعات وما يتصل بهما.

أدلة القاعدة:

١ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

فقوله تعالى: «عن تراض» صفة لتجارة أي كائنة عن تراض، تدل على أن رضا الطرفين شرط في صحة المعاوضات، وإنما خص الله تعالى التجارة بالذكر دون سائر أنواع المعاملات لكونها أكثرها وأغلبها[١] أو لأن أكثر أسباب الرزق متعلق بها[٢].

٢ـ قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [سورة النساء: ٤].

أي ما سامحت به الأنفس من غير كره، فهو حلال طيب؛ وهذا المعنى شامل لجميع الهدايا والهبات. وليس المراد إباحة الأكل فحسب بل المراد جواز سائر التصرفات فيما يتعلق بالشيء الذي سامحت به الأنفس، وإنما خص الأكل بالذكر في قوله تعالى: «فكلوه هنيئًا مريئًا»؛ لأن معظم المقصود من المال إنما هو الأكل[٣].

---

(١) فتح القدير للشوكاني ١/٤٥٧.

(٢) تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان للنيسابوري ٢/٣٩٩.

(٣) انظر: نظم الدرر للبقاعي ١/٣١٠.

٣ـ عن أبِي حرة الرقاشى عن عمه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[١].

لقد حرم الشرع على الشخص الانتفاع بمال غيره أو التصرف فيه إلا بموافقتـه الصحيحة، وهذا أصل في جعل التراضي أساسًا للمعاملات بين الناس[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان محل الحق عينًا معينة بالذات وطلب أحد طرفيه الصيرورة إلى بدله مثلا أو قيمته مع وجوده وإمكانية تسليمه فلا يصح إلا بموافقة الطرف الآخر[٣]؛ لأن التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات.

٢- إذا مضت المدة المحددة للإجارة بطلت، وليس للمستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بتراضٍ من قبل المالك وتجديد للعقد[٤]؛ لأن الأصل في المعاملات والعقود التراضي.

٣- إذا أهدى شخص لآخر شيئًا جاز له أن يرده لمقصد في نفسه[٥] كخشية المِنَّة[٦]، ولا يجبر على استلامها[٧]؛ لأن التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات.

---

(١) رواه أحمد ٢٩٩/٣٤ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ١٦٤٩/٣ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١٣٨/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٧/١٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج للخطيب ٢٩٩/٥، تحفة المحتاج ٤٥٥/٨، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣٣١/٣.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٣١٤/٦.

(٥) لأن حسن المقاصد في العقود معتبرة شرعًا. شرح منتهى الإرادات ٤٣٠/٢.

(٦) الأصل أنه يكره رد الهدية، لما في الهدية من جلب المحبة ونشر المودة ودعم الألفة، إلا إذا غلب على ظن الشخص بأن الدافع إليه قد يمن عليه، والأولى ترك ما فيه منة. فيض القدير ٣٣٣/٤، وبلفظ آخر: "لا يلزم قبول المنة" المغني لابن قدامة ١٧٩/٧.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة ٥٤٢/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٣٠/٢.

٤- لا يجوز قسمة أموال الشركة إلا برضا جميع الشركاء؛ لأن القسمة في معنى البيع فلا تصح إلا بالتراضي أو بحكم القاضي عند التنازع[١]؛ لأن التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات.

٥- إذا ثبت القصاص على شخص في جريمة قتل، فأراد دفع الدية بدلا من القصاص، فملاك ذلك موافقة المستحق وهو ولي الدم؛ لأن الدية لا تثبت إلا بالتراضي[٢].

٦- لا يملك أحد العاقدين في عقد البيع أن يستقل بفسخه بلا سبب شرعي[٣]؛ لأن الفسخ في معنى البيع باعتبار انتقال الملك فلا يجوز فيما لم ينص عليه إلا بموافقة ذوي الشأن؛ لأن الرضا هو المناط في كل المعاملات.

٧- لو كان أحد الدَّينين جيداً والآخر رديئًا فلا تصح المقاصة بين هذين الدَّينين إلا برضا ذوي الشأن[٤]؛لأن الرضا هو المناط في كل المعاملات.

٨- لو أن رجلا زوج بنته الثيب من آخر دون الحصول على موافقتها، جاز لها حق الاعتراض والمطالبة بفسخ العقد[٥]؛ لأن التراضي هو المناط في المعاملات الشرعية.

---

(١) انظر: الفواكه الدواني ٢/٢٤٣، حاشية العدوي ٢/٣٦٩، القواعد لابن رجب ص ٤١٤، الفروع لابن مفلح ٦/٥٠٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٠٥.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٠٩.

(٣) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/١٧٨، شرح النيل لأطفيش ٨/٢٣٧.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢١٧.

(٥) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/١٩٩.

٩- لا يجوز تنصيب محكِّم بين شخصين للفصل في حق من الحقوق إلا بموافقتهما؛ لأن التحكيم صلح معنى[1]، والصلح بمعنى البيع، والمناط في البيع وغيره من المعاملات هو التراضي.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: العناية على الهداية للبابرتي ٣١٦/٧.

رقم القاعدة: ٩٧١

نص القاعدة: هَل النَّظَرُ إِلَى حَالِ التَّعْلِيقِ أَوْ حَالِ وُجُودِ الصِّفَةِ؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في آخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع؟[٢].

٢- هل الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة[٣]؟.

٣- الاعتبار بحال التعليق أو بحال الصفة[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- العبرة بالحال أو بالمآل؟[٥]. (أعم). (أخص من شطر القاعدة الأول).

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٠٤، نواضر النظائر لابن الصاحب ١/ ٢٩/ ١.

(٢) القواعد لابن رجب ٣٠٥- ٣٠٦، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ١/ ٩٨.

(٣) نواضر النظائر لابن الملقن ص ١٦٩.

(٤) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ص ٣٠٤.

(٥) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/ ١١٠-٢٥٧، المجموع المذهب لوحة ٢٩٩/أ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨، قواعد الحصني ٤/ ٤٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- العبرة بالولاية حين النفوذ لا حال التعليق[١]. (أخص من شطر القاعدة الثاني).

شرح القاعدة :

التعليق لغةً: ربط أمر بآخر، واصطلاحًا: ربط أثر تصرف بوجود أمر معلوم[٢].

والمراد بالصفة: الأمر الذي ربط به أثر التصرف.

ومعنى القاعدة أن الفقهاء اختلفوا في العقد أو التصرف إذا علق بصفة هل يكون أثره باعتبار حال التعليق أو حال وجود تلك الصفة. والقاعدة مفروضة في اختلاف الحالين وهو ما تصرح به صيغتها الأخرى: «كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في آخر، فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع؟».

والتعليق قد يكون مصرحًا به ممن له ولاية التصرف، كتعليق الرجل طلاق زوجته[٣]، وقد يكون نفاذ العقد معلقًا بأمر ربطه الشارع به بحكم طبيعة العقد نفسه مثل الوصية فإن الاعتبار فيها بالموت؛ لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث[٤].

والقاعدة داخلة في عموم قاعدة: «العبرة بالحال أو بالمآل؟»؛ فهما تشتركان في المعنى حيث إن الحال في معنى وقت التعليق والمآل في معنى وقت وقوع الصفة المعلق عليها. بل قد يعبّر الفقهاء بالمآل عن حال وقوع الصفة، فبه

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب ١٤٨/٢.

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية ٦/٢.

(٣) خلافًا لابن حزم الذي قال بعدم تأثير تعليق الطلاق والظهار وأجرى في ذلك قاعدته: "كل ما لم يلزم حين التزامه لم يلزم في غير حال التزامه" المحلى لابن حزم ١٩٩/٩-٤٧٩.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٣٠/٢.

عبّر الشيخ خليل عنها في بيانه أحكام تفريعات القاعدة المتعلقة بالوصية للوارث الذي يصير غير وارث، أو غير الوارث الذي يصير وارثًا جازمًا بتخريجها على شطرها الثاني، بقوله: «والوارث يصير غير وارث وعكسه: المعتبر مآله»[١]. والقاعدة التي بين أيدينا أخص وبيان وجه ذلك هو ما صرح به ابن الصاحب بقوله: «وأما النظر إلى التعليق أو إلى وجود الصفة فهو أخص من قولنا (النظر إلى الحال)؛ لأن (النظر إلى الحال) لا يختص بصيع التعليق»[٢].

والخلاف بين الفقهاء واقع في أكثر فروع هذه القاعدة كما يتضح من التطبيقات التي ساقها الإمامان ابن رجب وابن الملقن في معرض شرحيهما لها، إلا أنه مقيد بألا يترتب على اعتبار أحد الحالين ما هو ممتنع شرعًا فيُلغى. ومثال ذلك: أن يوصي الرجل لزوجته ويطلقها في مرض موته، فإنها لا تعطى أكثر من ميراثها؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فيعامل بنقيض قصده فلا ينفذ لها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث[٣].

ومع شيوع الخلاف في فروع هذه القاعدة تبعا لأمها، فإنهم نصوا على أن الخلاف قد يكون في بعضها ضعيفا بحيث لا يعتد به مثل الواقع منها في اعتبار حال الوصي. يقول ابن قدامة: «لا نعلم خلافًا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت»[٤]. ويقول ابن رجب مبينًا وجه كلام ابن قدامة ومقيدًا له: «والمذهب أن الاعتبار بحال الموت ولم يحك الأكثرون فيه خلافًا، فإن الوصية للوارث لا يمكن أن تلزم، والوصية للأجنبي بالثلث فما دون لا يمكن أن تقف

(١) مختصر خليل بن اسحاق ص ٣٠٠.
(٢) نواضر النظائر لابن الصاحب ١/ ٢٩.
(٣) المغني لابن قدامة ٦/ ٦٤.
(٤) المغني لابن قدامة ٦/ ٦٤.

على الإجازة. ومنهم من حكى خلافًا ضعيفًا في الاعتبار بحال الوصية»[١]. ونص الشيخ خليل السابق جازم بأن المالكية ينحون نفس النحو.

ورجحوا كذلك في تعليق الطلاق حال وقوع الصفة المعلق عليها وهو الذي عبر عنه المالكية بحين النفوذ في الضابط الذي أجروا في ذلك: «العبرة بالولاية حين النفوذ لا حال التعليق»[٢]. ويعنون بالولاية ملك الرجل عصمة الزوجة، ومعنى الضابط أنه إذا علق الطلاق بصفة فوقعت في وقت ليس له فيه على الزوجة ولاية لم يترتب على وقوعها شيء.

وعلى العكس من ذلك فإنهم كانوا يرجحون في متعلقات العتق من القاعدة حال التعليق: وأجروا في ذلك ضابط: «العبرة في العتق المعلق بحال التعليق لا بحال وجود الصفة»[٣]، ولعل ذلك من باب تشوف الشارع لتحرير الأرقاء.

فالقاعدة خلافية كما تُنبئ به صيغتها الاستفهامية ومجال تطبيقها يشمل كل ما يدخله التعليق من المعاملات.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «العبرة بالحال أو بالمال؟» وأدلتها؛ لأنها أصلها المتفرعة عنه ودليل الأصل دليل الفرع[٤].

---

(١) القواعد لابن رجب ٣٠٦.

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب ١٤٨/٢.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٢٤١/٤.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ١٠٤/١، فإنه ذكرها ضمن سرده لجزئياتها، وانظر: نواضر النظائر لابن الصاحب ١/٢٩/١، فإنه بين وجه تفرعها عنها.

تطبيقات القاعدة :

١- من أوصى لشخص بثلث ماله، فهل يعتبر ثلث المال حين الوصية أو ثلث المال حال الموت؟ قولان[١] جاريان على شطري القاعدة.

٢- من نذر لبعض بناته ما يملكه من الحُلي، ولبقية الأولاد ما معه من النقد نذرًا معلقًا بثلاثة أيام قبل مرض موته إن مات بمرض، وبساعة إن مات فجأة، صح النذران وتناول ما كان بملك الناذر يوم النذر لا ما حدث بعده، إلا إن أراد دخول الموجود والحادث، فإن لم يرده أو جهل قصده لم يدخل[٢]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن النظر إلى حال التعليق.

٣- إذا علق الصبي اليمين في صغره وفعل بعد بلوغه نقيض المحلوف عليه مما يوجب الحنث أن لو كان بالغًا حين التعليق فلا يلزمه الحنث[٣]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن النظر إلى حال التعليق.

٤- إذا أوصى رجل إلى فاسق بأن يكون ناظرًا على أولاده وصار عدلا عند الموت فهل تصح الوصية؟ وجهان جاريان على شطري القاعدة[٤].

٥- من أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة، وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل ص ٣٠٥ واعتبر ابن الوكيل هذا الفرع أصل مسائل هذه القاعدة. وانظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٣٠٩/٦، الروضة البهية للعاملي ٦٤/٥.

(٢) انظر: بغية المسترشدين للباعلوي ص ٢٦٧.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢٩٥/٣.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٠٦.

الوصية لأنه صار غير وارث[١]، جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن النظر إلى حال وقوع الصفة.

٦- من أوصى لأحد أخويه من أبويه ثم تجدد له ولد فإن الوصية والحال هذه صحيحة ثابتة؛ لأن الأخ عند الموت غير وارث، والاعتبار في الوصية بالموت؛ لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث[٢]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن النظر إلى حال وجود الصفة.

٧- إذا أقرّ الرجل لأخيه الوارث له بدين فولد للمريض ابن أو كان ابنه كافرًا فأسلم وصار هو الوارث دون الأخ جاز إقراره له[٣]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن النظر إلى حال وجود الصفة.

٨- من أوصى لشخص بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل موت الوصي فهل يدخل ملك الأنقاض في الوصية؟ على وجهين[٤]، جاريين على شطري القاعدة.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٦٤، منح الجليل لمحمد عليش ٩/٥٤١، الدر المختار للحصكفي ٥/١٧٣، وحكى صاحب النيل وشارحه قولين فيمن يوصي له وهو وارث ثم يصير غير وارث حال الموت قال: "فقيل: لا تصح له لأنها أوقعت حين لا تجوز، فلا تجزي، وقيل: تصح اعتدادا بحال الموت، وتجزي لأنه غير وارث وهو الصحيح". والقولان جاريان على شطري القاعدة. انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٢/٣٧٨.

(٢) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢/٢٣٠.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨/٣٢.

(٤) وكذا الخلاف لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية هل يدخل ما زاده في الوصية أم لا؟ انظر: قواعد ابن رجب ص٣٠٦، وتطبيقات الفقهاء لها في تعليق الطلاق كثيرة منها: لو قال رجل لزوجتيه: إن فعلتُ كذا فإحداكما طالق ثم فعله بعد موت إحداهما أو بينونتها تعين الطلاق في الباقية ؛لأن العبرة بحال وجود الصفة لا بحال التعليق، انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٤/٣٥٥، وانظر أيضًا: نهاية المحتاج للرملي ٧/٤، حاشية البجيرمي ٤/١٢.

رقم القاعدة: ٩٧٢

نص القاعدة: المَجْلِسُ حَرِيمُ الْعَقْدِ، وَلَهُ حُكْمُهُ[(١)].

ومعها :

١- القبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد.

٢- العلم في المجلس كالعلم حالة العقد.

٣- الزيادة في مجلس العقد تلحق به.

٤- الشرط إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد.

صيغ أخرى للقاعدة[(٢)] :

١- المجلس من حريم العقد، فينـزل الواقع فيه منـزلة الواقع في العقد[(٣)].

---

(١) المنثور للزركشي ٣/ ١٦٠، نهاية المحتاج للرملي ٤/ ١٨٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/ ٤، شرح الإقناع للخطيب مع حاشية البجيرمي ٣/ ٦٦.

(٢) وردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة تدل على كثرة تداولها عند الفقهاء، وذلك لأهميتها وتأثيرها في باب العقود، ومن صيغها التي لم تذكر في المتن:

- مجلس العقد كالعقد (نهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٥٢).
- حكم المجلس حكم حالة العقد (المغني لابن قدامة٧/ ٦١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي٢/ ٦٣٣).
- الواقع في المجلس حكمه حكم الواقع في العقد (الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ١٦١).
- الواقع في الحريم بمنزلة الواقع في صلب العقد (الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢٧٦).
- حالة المجلس في حكم حالة العقد (شرح الزركشي على الخرقي ٢/ ١٦٨).
- المجلس كله في معنى حالة العقد (الإنصاف للمرداوي ٦/ ٢٦١).
- لمجلس العقد حكمه (تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤/ ٣٣٩).
- حريم العقد يقوم مقامه (مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/ ٥٢٢).
- المجلس كالحريم للعقد (البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/ ٤٠٢).

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٣/ ١٠٥. ط. دار الفكر، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٢/ ٢٦٨. ط. دار الفكر، حاشية البجيرمى على المنهج ٢/ ٤٠.

٢- الواقع في مجلس العقد كالواقع في صلبه[(١)].

٣- ما في المجلس كالثابت في صلب العقد[(٢)].

٤- مجلس العقد كنفس العقد[(٣)].

٥- ساعات المجلس كحالة العقد[(٤)].

٦- حالة المجلس كحالة العقد[(٥)].

٧- مجلس العقد هل يجعل له حكم ابتداء العقد؟[(٦)].

قواعد ذات علاقة:

١- ما قارب الشيء يعطى حكمه[(٧)]. (أعم).

٢- الحريم له حكم ما هو حريم له[(٨)]. (أعم).

٣- المجلس جامع للمتفرقات[(٩)]. (أعم).

---

(١) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٣٣٩/٤، حاشية البجيرمي على المنهج ٢٨٢/٢.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٢٦٨/٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢٦٥/٢، المنثور للزركشي ١٤٩/٢، ١٥٠، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢٧٩/٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٧/٢، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٨٥/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٤٤/١٢.

(٥) المبسوط ١٤٣/١٢، المغني لابن قدامة ٢٠/٤، كشاف القناع للبهوتي ١٤٨/٣.

(٦) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢٦٥/٢، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢٧٩/٢.

(٧) مواهب الجليل للحطاب ٦٥/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) الأشباه للسيوطي ص ١٢٥، الأقمار المضيئة للأهدل ١٧٥/١، إيضاح القواعد الفقهية للّحجي ص ١١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٢٥٣/٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٩/١، فتح القدير لابن الهمام ٢٢٢/٥. ووردت في كشاف القناع للبهوتي ٤٧٨/٦ بلفظ: "حكم المجلس الواحد حكم الحالة الواحدة".

٤- زمن الخيار كحالة العقد[١]. (أعم).

٥- اللاحق في المجلس كالواقع في صلب العقد[٢]. (فرعية).

٦- القبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد[٣]. (فرعية).

٧- العلم في المجلس كالعلم في حالة العقد[٤]. (فرعية).

٨- الشرط إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد[٥]. (فرعية).

٩- المعين في المجلس كالمعين في العقد[٦]. (فرعية).

شرح القاعدة :

المراد بالمجلس : مجلس العقد، وهو: الاجتماع الواقع للعقد[٧]، سواء كان الاجتماع حقيقة؛ كأن يكون المتعاقدان في مكان واحد، أو حكمًا؛ كأن يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر، إذا وجد بينهما واسطة اتصال، كالتعاقد بالهاتف أو اللاسلكي أو بالمكاتبة.

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٤/١٦٠. ووردت في المغني لابن قدامة ٥/٢٠١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/١٣٩ بلفظ: "زمن الخيار بمنـزلة حالة العقد"، ووردت في المجموع المذهب للعلائي ٢/٣٦٦ بلفظ: "مدة الخيار في العقد هل يجعل كابتدائه"، ووردت في فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٨/٢٢٤ بلفظ: " مدة الخيار المشروط كزمان المجلس". وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد".

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٧٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٥٠.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٣١٠.

(٥) تكملة المجموع شرح المهذب للسبكي ١٠/١٥٦.

(٦) تكملة المجموع شرح المهذب ١٠/١١٢-١١٣، نهاية المحتاج للرملي ٤/١٨٧.

(٧) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٨١. وعرفه الدكتور ناصر بن زيد في نظرية الشكل ص ٤٤٨ بلفظ: "اسم لمكان التعاقد من صدور الإيجاب حتى يتفرق المتعاقدان بأبدانهما بعد تمام العقد".

ويبدأ مجلس العقد من وقت صدور الإيجاب، ويستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد[1].

والعقد في اصطلاح الفقهاء: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[2].

ومعنى القاعدة: أن ما يلزم وجوده أثناء التعاقد من الشروط الشرعية لصحة العقد، مثل كون القبول عقب الإيجاب، ومعلومية المعقود عليه، وتعيينه، ووقوع القبض في عقد الصرف ونحوه - إذا تأخر وجوده عن وقت التعاقد، لكنه وقع في مجلس العقد صح العقد، وكذلك إذا عنّ لأحد المتعاقدين التغيير في العقد بالزيادة أو النقصان في الثمن أو المثمن أو غيرهما، أو اشتراط شيء بعد التعاقد؛ كإلحاق الأجل أو إسقاطه، أو الرجوع عن العقد جاز ذلك ما داما في مجلس العقد؛ لأن الشارع جعل مجلس العقد في حكم حالة العقد؛ واعتبر المجلس جامعًا لأطرافه تيسيرًا على المتعاقدين، وعن هذا قال الفقهاء: إن «المجلس جامع للمتفرقات»[3].

وهذه القاعدة لها تأثير كبير في باب العقود، حيث ينبني عليها استقرار العقد ولزومه وبقاؤه، وتتجلى أهميتها في الأحكام المترتبة عليها، أهمها:

١- حق الفسخ في المجلس.

٢- التعديل والتغيير في العقد بالزيادة والنقصان في المجلس.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٩/٢٠.

(٢) مرشد الحيران لقدري باشا ١٣٩/١. وانظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢٩١/١، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٨٥.

(٣) الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٢٥٣/٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٩/١، فتح القدير لابن الهمام ٢٢٢/٥.

٣- الشرط اللاحق بعد تمام العقد في مجلس العقد.

٤- تصحيح العقد الفاسد بحذف المفسد في المجلس.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن التغيير في العقد بالزيادة أو النقص أو تعديله وتصحيحه بحذف المفسد وإسقاطه وقت الإيجاب والقبول وقبل انعقاد العقد مؤثر في العقد. أما إذا انعقد العقد بتمام الإيجاب والقبول فهل يمكن فسخه أو تعديله أو تصحيحه في المجلس أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك، وذلك على النحو التالي:

أولاً: حق الفسخ في المجلس:

اختلف الأئمة في الوقت الذي يكتسب فيه العقد صفة اللزوم، فذهب الحنفية والمالكية ومن وافقهم[(١)] إلى أن العقد يصبح لازمًا بمجرد تمام الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، ولا يحق لأحد العاقدين فسخه ولو في مجلس العقد إلا إذا تراضيا على ذلك. وذهب عامة السلف والشافعية والحنابلة وابن حبيب من المالكية والظاهرية[(٢)] إلى أنه لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما، ولهما حق الإمضاء أو الفسخ ما داما في المجلس ولم يخير أحدهما الآخر، وذلك في العقود التي يشرع فيها خيار المجلس.

ثانيًا: التعديل والتغيير بالزيادة والنقصان في المجلس:

يجوز التعديل والتغيير بالزيادة والنقصان أثناء المجلس مطلقا عند من قال

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٢٥٧، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١٧٠، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩، المدخل الفقهي للزرقا ١/٥٢٢، شرح النيل لأطفيش ٨/٢١٣.

(٢) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/١٧٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٤٣، المغني لابن قدامة ٤/٥، ٦، المحلى لابن حزم ٧/٢٣٣.

بخيار المجلس؛ لأن المتعاقدين على اختيارهما فيه، كما لو كانا في حال العقد، إذ العقد لم يستقر ولم يلزم.

أما من قال بلزوم العقد بمجرد القبول - كالحنفية والمالكية - فاختلفوا في التغيير في العقد بعد انعقاده بالنقص والزيادة في مجلس العقد هل يلحق به أم لا؟ فأما الزيادة فسيأتي تفصيل الكلام عليها في القاعدة الفرعية: «الزيادة في مجلس العقد تلحق به»(١)، وأما النقص فالأصل فيه أنه يجري مجرى الزيادة؛ قال الحموي: «الحط يلتحق بأصل العقد كالزيادة»(٢).

ثالثًا: الشرط اللاحق بعد تمام العقد في مجلس العقد.

اختلف الفقهاء في الشرط المتأخر عن العقد إذا وقع في مجلس العقد هل يلحق به أم لا؟ فذهب الشافعية إلى أنه يلحق مطلقًا ويكون مؤثرًا في حكمه، وذهب الحنفية في المعتمد عندهم والزيدية إلى أنه لا يلحق إلا الشرط الصحيح، وسيأتي تفصيل ذلك في القاعدة الفرعية: «الشرط إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد»(٣).

رابعًا: تصحيح العقد الفاسد بحذف المفسِد في المجلس.

إذا وقع العقد فاسدًا فهل يمكن تصحيحه بحذف المفسِد في المجلس أم لا؟ محل خلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية إلى أن الفساد إذا كان في صلب العقد - أي في البدل أو المبدل - وأزيل في مجلس العقد فإن العقد ينقلب صحيحًا؛ لأن «ما في المجلس كالثابت في صلب العقد»(٤)، أما إذا كان في وصف من أوصافه فإن العقد يصح بحذف المفسِد قبل تقرره، سواء كان ذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٢.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٣/٢٠.

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب للسبكي ١٠/١٥٦.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٦٨.

في المجلس أو بعده؛ كما هو مقرر في قاعدة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا»[1]. أما الجمهور فالأصل عندهم أن العقد الفاسد لا ينقلب صحيحًا برفع المفسد؛ لأنه في حكم المعدوم، والمعدوم لا يمكن تصحيحه؛ وقد نص على ذلك الشافعية بقولهم: «لو حذف العاقدان المفسد للعقد، ولو في مجلس الخيار، لم ينقلب صحيحًا؛ إذ لا عبرة بالفاسد»[2]، إلا أن بينهم خلافًا في تصحيح العقد بحذف المفسد إذا كان ذلك في مجلس العقد، قال ابن الوكيل: «المفسِد للعقد إذا حذفاه في المجلس هل ينقلب العقد صحيحًا أم لا؟ فيه أربعة أوجه: الأصح: أنه لا ينقلب؛ لأن العقد الفاسد لا عبرة به، فلا عقد، وإذا لم يكن عقد فلا مجلس. والثاني: ينقلب العقد صحيحًا. والثالث: ينقلب إن كان المفسد أجلا مجهولا، وإلا فلا. والرابع: فيما إذا باعه مرابحة بما اشترى، وجهل المشتري مقداره، ثم علم في المجلس- أن العقد ينقلب صحيحًا»[3]. وقال الرافعي: «وعن صاحب التقريب وجه أنهما لو حذفا الأجل المجهول في المجلس انحذف، وصار العقد صحيحًا، واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما، فمنهم من أجراه في ذلك، قال الإمام: والأصح تخصيصه بالأجل؛ لأن بين الأجل والمجلس مناسبة لا توجد في سائر الأمور، وهي أن البائع لا يملك مطالبة المشترى بالثمن في المجلس، كما لا يملكها في مدة الأجل فلم يبعد إصلاح الأجل في المجلس»[4]، وهم يوافقون الحنفية في بعض الفروع كما سيظهر ذلك من التطبيقات.

---

(١) انظر: فتح القدير ٤٢٢/٦، رد المحتار لابن عابدين ٧١/٥.

(٢) أسنى المطالب للأنصاري ٣٧/٢، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٢/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٩٦/٢. وانظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٤.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢٦٦/٢-٢٦٧.

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٢٢٨/٩، ٢٢٩.

وسيأتي ذكر بعض النواحي المتعلقة بتصحيح العقود الفاسدة في القواعد الفرعية: «القبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد»، وقاعدة: «العلم في المجلس كالعلم حالة العقد».

وقد خالف الإمامية القاعدة عمومًا، فقالوا: «المقاولة – أي الاتفاق – بعد تمامية العقد الأول- بالتغيير بالزيادة أو النقصان أو غير ذلك - لا تجدي ولا ترفع ما وقع عليه ذلك العقد»[١]؛ لأن «العقد إذا تم ووقع على صورة فقد انتهى كل شيء، وليست الزيادة الخارجة عن العقد إلا وعدًا مستقلا، له أن يفي به، وله أن لا يفي»[٢]، إلا أنهم يستثنون من ذلك حق الفسخ في المجلس فيوجبون الخيار في العقد ما لم يتفرقا، وذلك في عقد البيع خاصة، دون غيره من العقود[٣].

ومجال تطبيق القاعدة هو العقود بكافة أنواعها، إلا في حق الفسخ فهو يختص بالعقود التي يمكن فيها وقوع الخيار، وهي العقود اللازمة القابلة للفسخ، لأن فائدته إنما تظهر فيها، والعقود اللازمة القابلة للفسخ هي عقود المعاوضات المالية؛ لأن الأحاديث أثبتته في البيع فيلحق به ما في معناه من كل عقد لازم قصد منه العوض، قال الجرجاني: «كما يثبت خيار المجلس في البيع يثبت في كل معاوضة لازمة يقصد بها المال؛ كالإجارة على الأصح، والمساقاة»[٤].

أما العقود الجائزة فلا فائدة من اشتراط الخيار فيها؛ لأن العاقد متمكن من الفسخ متى شاء.

وأما العقود التي لا تقبل الفسخ- كالنكاح- فلا يمكن إثبات الخيار فيها،

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٣٩.

(٢) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٤٤٦.

(٣) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/١٧.

(٤) فتاوى السبكي ١/٤٣٩.

لأنه يناقض طبيعتها[١]، قال ابن هبيرة: «واتفقوا على أن خيار المجلس لا يثبت في العقود التي هي غير لازمة؛ كالشركة والوكالة.. ولا في العقود اللازمة التي لا يقصد منها العوض؛ كالنكاح والخلع والكتابة»[٢].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه ابن عمر، رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»[٣].

فيدل الحديث على أن المتبايعين إذا عقدا بيعهما، فكل واحد منهما بالخيار فى إتمامه وفسخه ما داما فى مجلسهما، ولم يفترقا بأبدانهما – على مذهب من حمل الفرقة على فرقة الأبدان – قال النووي: «هذا الحديث دليل لثبوت خيار المجلس لكل واحد من المتبايعين بعد انعقاد البيع حتى يتفرقا من ذلك المجلس بأبدانهما، وبهذا قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين»[٤]، ومعنى ذلك أن المجلس حد للتروي والنظر، ولا يستقر البيع إلا بعده، فيجوز فيه الفسخ إذا بدا ذلك لأحد المتعاقدين ما داما في المجلس[٥]، فإذا جاز الفسخ جاز التغيير بالزيادة أو النقصان أو الاشتراط ونحو ذلك من باب

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب للنووي ٢٠٧/٩، مغني المحتاج للشربيني ٤٠٣/٢-٤٠٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٤، الإنصاف للمرداوي ٣٦٣/٤، ٣٦٥، كشاف القناع للبهوتي ١٩٨/٣، ٢٠٠.

(٢) اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٣٥٠/١.

(٣) رواه البخاري ٦٤/٣ (٢١١٢)، ومسلم ١١٦٣/٣(١٥٣١)/(٤٤) عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

(٤) شرح النووي على مسلم ١٧٣/١٠.

(٥) انظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين لابن الجوزي ٥٣٦/٢.

أولى؛ لأن «التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله، فإذا كانا يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته أولى»[١].

٢- ما روي عن ابن عمر، رضي الله عنها، أنه قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت النبي ﷺ في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك، أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»[٢].

فيدل الحديث على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة من الذهب أو الفضة بغيره إذا حصل القبض في المجلس، مع أنهما مالان ربويان، ويشترط في الربوي عدم تأخير القبض عن العقد، لكن الشارع أباح تأخير القبض إلى انتهاء المجلس، وجعل وقوع التقابض فيه بمثابة وقوعه في العقد[٣].

٣- لأن الإنسان بعد أن يعقد عقدًا قد يبدو له فيندم على فوات بعض مقاصده؛ لعدم تمكنه من التفكر والتأمل، فجعل الشارع المجلس مهما طال حريمًا للعقد، وأمدًا للنظر والتفكير فيه، وعُدَّت ساعاته ساعة واحدة، ونُـزِّل الواقع فيه منـزلة الواقع في العقد؛ تيسيرًا ورفقًا بالمتعاقدين، بتمكينهما من تدارك ندمهما، وتحصيل مصالحهما على

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/ ٨٥. بتصرف يسير.

(٢) رواه أحمد ٩/ ٣٩٠ (٥٥٥٥)، ١٠/ ٣٥٩ (٦٢٣٩)، أبو داود ٣/ ٢٥٠(٣٣٥٤)، ٣/ ٣٩٣(١٩٨٠)، والترمذي ٣/ ٥٣٦ (١٢٤٢)، والنسائي ٧/ ٢٨١ (٤٥٨٢)، (٤٥٨٣)، ٧/ ٢٨٣ (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٢/ ٧٦٠ (٢٢٦٢)، والدرامي ٣/ ١٦٨١ (٢٦٢٣).

(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٨٦.

الوجه الذي يرضيهما، ولو كان النظر في العقد مقصورا على وقت الإيجاب والقبول، ولا يمتد إلى آخر المجلس للزم الحرج، والحرج مدفوع[١].

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- لو عقد في السَّلَم على موصوف في الذمة بمثله، كما لو قال: أسلمت إليك ثوبا في ذمتي[٢] في كذا، فلا يصح العقد، فإذا عيّن الثوب، وسلمه في المجلس جاز؛ لأن المجلس حريم العقد، وله حكمه[٣].

٢- إذا قال في عقد الصرف: بعتك دينارًا بعشرين، ولم يعين العملة المقصودة من العشرين، لم يصح العقد، فإذا عين وسلم في المجلس جاز؛ لأن المجلس حريم العقد، وله حكمه[٤].

٣- لو ذكر المتعاقدان في السَّلَم أجلا فاسدًا، فسد العقد؛ لجهالة الأجل، فإذا أبطلاه في المجلس، وعيناه صحيحًا صح العقد؛ لأن المجلس كالحريم للعقد[٥].

٤- إذا تم عقد البيع بدون ذكر شرط من أحد الطرفين، ثم اشترط أحدهما شيئًا في مجلس العقد صار بمثابة الموجود في العقد؛ لأن مجلس العقد كنفس العقد[٦].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٦/٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٥٤/١.

(٢) فيكون هذا الثوب هو المسلم به، أي رأس مال السلم.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ١٦٠/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٥، مغني المحتاج للشربيني ٣/٣، تكملة المجموع للمطيعي ١٠٧/١٣.

(٤) انظر: المنثور ١٦٠/٣.

(٥) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤٠٢/٤.

(٦) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٧/٢.

٥- لو باع شيئًا بما قام عليه – أي بسعر الكلفة –، ولم يبين مقداره، كان البيع فاسدًا؛ للجهالة، فإذا بين مقدار ذلك في المجلس صح البيع؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة[١].

٦- لو اشترى سيارة بصفة معينة، وتم العقد على ذلك، ثم طلب المشتري فيها صفة زائدة، وهو في مجلس العقد، كأن تكون من صنع عام كذا لزم الشرط[٢]؛ لأن المجلس حريم العقد، وله حكمه.

٧- إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح العقد ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه؛ لأن حالة المجلس كحالة العقد[٣]، فإذا تعاقد شخص مع آخر بالهاتف، كان للطرف الثاني أن يقبل ما دام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس، وبطل الإيجاب[٤].

٨- إذا عقد العقد على أنه إن أعطاه الثمن حالاً فبكذا، وإن أعطاه مؤجلا

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ١٥/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٧٩/٤، البحر الرائق لابن نجيم ١٢٥/٦.

(٢) انظر: نظيره في كشاف القناع للبهوتي ١٨٩/٣.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٢٥٣/٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١٤٤/٢، مواهب الجليل للحطاب ٢٤٠/٤، حاشية العدوي على شرح الخرشي ٦/٥، المبدع لابن مفلح ٥/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٢، حاشية الروض المربع لعبد الرحمن بن قاسم ٣٢٩/٤. إلا أن هناك خلافًا بين من قال من الفقهاء – كالحنفية والمالكية والحنابلة – بجواز تراخي القبول ما داما في المجلس في اشتراط الفور في القبول في بعض العقود، كالنكاح، فشيترط فيه عند المالكية عدم تأخر القبول عن الإيجاب، ولا يضر الفصل اليسير. انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش ٢٦٨/٣، حاشية العدوي على شرح الخرشي ١٧٤/٣، وذهب طائفة من الفقهاء كالشافعية إلى أن: كل ما يشترط فيه القبول من العقود فهو على الفور، أي أنه يكون عقب الإيجاب إلا الوصية، ولا يضر عندهم الفصل اليسير. انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٢، ٥، المنثور للزركشي ٤٠٥/٢.

(٤) انظر: أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ١٩٢، الهامش: ١، المدخل بالتعريف في الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ص٤٢٣.

فبكذا، أو قال إلى شهر بكذا أو إلى شهرين بكذا – كما هو الحال في بيوع التقسيط - فهو فاسد؛ لعدم تعيين الثمن، لكن إذا اتفقا على ثمن معلوم قبل تمام المجلس صح العقد؛ لأن حالة المجلس كحالة العقد[1].

٩- لا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنهما، أو وزن أحدهما؛ لأن العلم بالمماثلة شرط جواز العقد، وما هو شرط جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد. فإن وزنا بعد العقد في مجلس العقد، وكانا متساويين صح العقد؛ لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد[2].

١٠- لو حط من الثمن شيئًا في المجلس لحق بالعقد؛ لأن مجلس العقد له حكم العقد[3].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

٩٧٣ ـ نص القاعدة: الْقَبْضُ فِي المَجْلِسِ يَجْرِي مَجْرَى الْقَبْضِ حَالَةَ الْعَقْدِ[4].

شرح القاعدة:

معنى القاعدة أن العقود التي يشترط فيها القبض مقترنًا بالعقد إذا تأخر فيها القبض عن العقد، وحصل قبل التفرق عن المجلس صح العقد؛ لأن المجلس حريم العقد وله حكمه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٣، بدائع الصنائع للكاساني ١٥٨/٥.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/١٤، ١٣، العناية شرح الهداية للبابرتي ١٤١/٧.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢٦٨/٢، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢٨٢/٢، القواعد للحصني ١٣٦/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٥٠/٤.

فالعقود منها ما يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد، ويترتب على ذلك صحة هذه العقود ولزومها، ومن ذلك عقد الصرف، والسلم، وبيع الأموال الربوية، والمضاربة، والمساقاة، والمزارعة. وهي على قسمين: منها ما يشترط لصحتها التقابض في البدلين، كالصرف، ومنها ما يكفي فيها قبض أحد البدلين، كالسلم، فهذه العقود التي يشترط القبض لصحتها، تبطل عند عدم حصول القبض فيها، لكن إذا حصل القبض قبل التفرق من المجلس صح ذلك. ففي عقد الصرف مثلا إذا ذهب أحد المتصارفين إلى المصرف الذي يتعامل معه، فسلمه مبلغا بالعملة المحلية على أن يودعه في حسابه الخاص بعملة أخرى كالدولار بسعر الصرف الحالي، فإذا قام المصرف بتقييد المبلغ بالدولار في حساب العميل وقت التعاقد أو في مجلس العقد صح العقد، ويعتبر القيد المصرفي قبضا، أما إذا أخر تسجيله حتى مفارقة المجلس بطل العقد[١].

ومن تطبيقاتها:

١- إجارة الذمة لا تصح إلا بقبض الأجرة، فإذا قبض المؤجر الأجرة خلال مجلس العقد صح العقد[٢]؛ لأن القبض في المجلس يجري مجرى القبض في حالة العقد، وله حكمه.

٢- إذا اصطرفا في الذمة، بأن قال: بعتك ديناراً في ذمتي بعشرة دراهم في ذمتك، وقبل الآخر، والعملتان ليستا عندهما، فالعقد باطل، فإذا أرسلا من يحضرهما أو حصلا عليه بالقرض أو غيره، ثم تقابضا قبل الافتراق صح البيع؛ لأن القبض في المجلس يجري مجرى القبض في حالة العقد[٣].

---

(١) انظر: فتاوى الشبكة الإسلامية، بإشراف د. عبدالله الفقيه، الفتوى رقم: ٧١٦٣٠.
(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٠٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٤٣.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٥٠.

٣- إذا باع سمن غنم بسمن بقر متفاضلا اشترط فيه التقابض، فإذا حصل التقابض في المجلس قبل التفرق صح البيع[١].

٤- لا تصح الإقالة في الصرف حتى يحصل القبض من الطرفين، فإذا تقايلا[٢]، ثم تقابضا قبل الافتراق من المجلس صحت[٣].

٥- إذا باع في العرايا الرطب والعنب على الشجر خرصًا بقدره من اليابس كيلا في ذمته لم يصح البيع، فإذا وكل من يأتي له بالتمر أو الزبيب، ثم حصل التقابض في المجلس قبل التفرق صح البيع[٤].

٦- إذا دفع شخص إلى مصرف مبلغًا من المال ليحوله إلى شخص بعينه في بلد آخر بعملة أخرى غير التي عنده، فيجب عليه قبل التحويل إجراء مصارفه ناجزة مع المصرف بين العملة التي يملكها والعملة التي يرغب في حوالتها بسعر الصرف يوم إجراء الحوالة، وبشرط التقابض بين البدلين، فإذا حصل التقابض في المجلس قبل التفرق بأن اقتطع المصرف مبلغًا من الحساب الجاري للعميل، وسلمه شيك الحوالة بالعملة الأخرى المستحقة بدلها اعتبر ذلك تقابضا لبدلي الصرف، وصح العقد[٥].

---

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٣٩.

(٢) تقايلا: أي تراضى المتعاقدان على رفع العقد الواقع بينهما، وإلغاء حكمه، فيرجع كل من العوضين لصاحبه.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢١٨، المبسوط ١٤/١٠.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري٢/١٠٧، تحفة المحتاج للهيتمي مع حاشية العبادي ٤/٤٧٢، ٤٧٣.

(٥) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٢٨٥.

التطبيق الثاني من القواعد :

٩٧٤ ـ نص القاعدة: الْعِلْمُ فِي الْمَجْلِسِ كَالْعِلْمِ حَالَةَ الْعَقْدِ[١].

ومن صيغها :

١- العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله[٢].
٢- إذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد[٣].
٣- العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد[٤].
٤- هل يكتفى بالعلم الطارئ في حريم العقد؟[٥].
٥- ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد[٦].

شرح القاعدة :

المراد بالعلم : العلم بالمعقود عليه عينًا وقدرًا وصفة والعلم بالعوض والأجل في العقود وغير ذلك مما ينبني عليه صحة العقد علمًا ينفي الجهالة ويمنع من المنازعة، وذلك لأن جهالة هذه الأشياء تمنع صحة العقد وتفسده؛ لأن «الرضا شرط العقد، والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم»[٧].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٣١٠.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٧٩.
(٣) الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/٥٠٩، البحر الرائق ٦/١٢٥، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٧٩، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٥/٢٩٦.
(٤) رد المحتار لابن عابدين ٤/٥١٥.
(٥) المنثور للزركشي ٢/٤٠٣.
(٦) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٤٠.
(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٥٦.

ومعنى القاعدة: أن العقد إذا وقع فاسدًا؛ لجهالة محله أو عوضه إذا كان من عقود المعاوضات أو جهالة أجله – سواء كان مما يشترط فيه الأجل أصلا؛ كالسلم، أو مما اشترطه العاقدان فيه؛ كما في تأجيل الثمن إلى أجل مجهول؛ كهبوب الرياح ونزول المطر - ثم تدارك العاقدان هذه الجهالة في مجلس العقد فإن العقد ينقلب صحيحًا، ويكون العلم الحاصل في المجلس كالعلم الحاصل عند ابتداء العقد وإنشائه؛ فمن قال: بعتك سيارة من هذه السيارات، ولم يبين نوعها، ولا صفتها فسد البيع، لفحش التفاوت بين السيارة والأخرى في ذاتها وصفتها وجودتها، وذلك يفضي إلى المنازعة، لكن إذا عيّن البائع السيارة قبل الافتراق عن مجلس العقد وسلمها إليه، ورضي به المشتري جاز وصح العقد؛ لأن المجلس حريم العقد وله حكمه، فيجعل العلم الحاصل في مدة المجلس كالعلم الحاصل عند ابتداء العقد.

وهذه القاعدة متفرعة أيضًا عن قاعدة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا»[1]؛ لأن الجهالة من مفسدات العقد، فإذا ارتفعت في المجلس صح العقد، وهذا ما نصت عليه إحدى الصيغ الأخرى للقاعدة: «ارتفاع الجهالة في المجلس بمنـزلة البيان وقت العقد»[2].

وهي تمثل مذهب الحنفية في تصحيح العقد برفع المفسد ومن وافقهم، أما الشافعية فالأصل عندهم أن: «ما وقع مجهولا لا ينقلب صحيحًا بالمعرفة في المجلس»[3]، إلا أنهم وافقوا الحنفية في تنـزيل العلم في المجلس منـزلة العلم في العقد في بعض الصور، وقسموا الفروع على أساسه إلى ثلاثة أقسام؛ قال الزركشي: «هل يكتفى بالعلم الطارئ في حريم العقد؟ هو على ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٢٢/٦، رد المحتار لابن عابدين ٧١/٥.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٤٠/٢.

(٣) تحفة المحتاج للهيتمي ٨/٥، نهاية المحتاج للرملي ١٨٧/٤، حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٢٤/٢.

أحدها : ما لا يكتفى به قطعًا، وهو القراض والقرض.

الثاني : ما لا يكتفى به في الأصح؛ كالبيع بثمن مجهول يعلم مما بعد؛ كالبيع بما باع به فلان فرسه ونحوه، والأصح أنه يبطل ولا ينقلب صحيحًا بمعرفته في المجلس، وقيل يصح إذا حصلت فيه المعرفة.

الثالث : ما يكتفى به في الأصح؛ كالشركة لا يشترط العلم بقدر النسبتين في المال المختلط من كونه مناصفة أو مثالثة في الأصح إذا أمكن معرفته من بعد»[١].

ومن تطبيقاتها :

١- إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة ولم يعلما كيلهما، أو لم يعلما كيل أحدهما لم يصح البيع، لأن علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مِثلا بمثل، يدًا بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، إلا ما اختلفت ألوانه»[٢]. فإن علم في المجلس جاز البيع؛ لأن العلم في المجلس وإن طال فله حكم حالة العقد، وإن علم بعد الافتراق لم يجز[٣].

٢- إذا قال: بعت منك هذا الثوب أو هذه الأرض كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس ورضي بذلك - صح البيع؛ لأن العلم في المجلس كالعلم في حالة العقد[٤].

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٤٠٣ - ٤٠٤.

(٢) أخرجه الإمام مسلم ٣/١٢١١ (١٥٨٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٩٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٩.

٣- إذا باع شيئًا مرابحة وجب أن يكون الثمن الأول معلوما للمشتري الثاني؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، فلا بد فيها من تسمية الثمن الأول، فإن لم يكن الثمن الأول معلوما للمشتري، فالبيع فاسد، فإذا علم في المجلس ورضي بذلك صح البيع[1]؛ لأن العلم في المجلس كالعلم في حالة العقد.

٤- من ولى رجلا شيئًا - أي باعه تولية[2] - بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع؛ لجهالة الثمن جهالة تفضي إلى المنازعة، فإذا علم في المجلس ورضي به صح[3]؛ لأن العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله.

٥- لو وهب أحد حصته في تركة قبل أن يعلم ما يصيبه منها من المال لأحد الورثة لا تصح الهبة[4]، فإن علم نصيبه في المجلس صحت الهبة.

٦- يجب أن يكون العمل معلومًا والأجر معلومًا في عقد الصيانة[5] الذي

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٠/٥، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ١٤٢/٥.

(٢) التولية: البيع بمثل الثمن الأول، وهو من بيوع الأمانة. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٠/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٧٣/٤، الدر المختار مع رد المحتار ١٣٤/٥، الفتاوى الهندية ٤/٣، شرح منهج الطلاب مع حاشية البجيرمي ٢٨٣/٢.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ٥٠٩/٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٧٩/٤، البحر الرائق لابن نجيم ١٢٥/٦، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ١٤٢/٥.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٣٩/٢. وهذا مبني على عدم صحة هبة المجهول، كما هو مذهب الجمهور، لأن الهبة عقد تمليك، والتمليك لا يصح في المجهول، وذهب المالكية إلى أن الهبة تجوز في المجهول والمعدوم، لأنه تبرع، ولا أثر للجهالة في عقود التبرعات. انظر: البحر الرائق ٢٩٥/٥، ٢٩٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢٤٧/٢، الفروق للقرافي ١٥٠/١، ١٥١، روضة الطالبين للنووي ٣٧٣/٥، إعانة الطالبين للبكري١٤٧/٣، المغني لابن قدامة ٣٨٤/٥، الإنصاف للمرداوي ١٣٢/٧، اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٥٧/٢، ٥٨، المحلى لابن حزم ١٦٩/٨.

(٥) عقد الصيانة هو: عقد مستحدث مستقل، له صور كثيرة، ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صوره،=

يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حسابًا في العادة[١]، فإذا كان العمل أو الأجر مجهولا فسد العقد، فإذا تم تعيينه في مجلس العقد صح العقد.

٧- لا بد في بيع التقسيط من أن يكون الأجل معلومًا علمًا ينفي النـزاع، وذلك ببيان وقت أداء كل قسط ومدة التقسيط كاملة[٢]، فإذا كان الأجل مجهولا فسد البيع، فإذا تم تعيينه في مجلس العقد صح العقد.

التطبيق الثالث من القواعد:

٩٧٥ ـ نص القاعدة: الزِّيَادَةُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ تَلْحَقُ بِهِ[٣].

ومن صيغها:

الزيادة في المجلس من العوض[٤].

شرح القاعدة:

معنى القاعدة: أن أحد العاقدين إذا زاد شيئًا في العقد بعد انعقاده وإبرامه وهو ما زال في مجلس العقد - كالزيادة في الثمن أو المثمن أو الأجل – ورضي الآخر فإن ذلك يلتحق بأصل العقد، ويصبح مؤثرًا فيه، ويسري عليه أحكامه،

= وهو في حقيقته عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد. انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٣٥٤، ٣٥٥.

(١) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٣٥٥.

(٢) انظر: بيع التقسيط وأحكامه لسليمان التركي ص ١٨١. ط. دار إشبيليا.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/ ٨٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٨.

ويلزم كلزومه، ويكون تراضيهما على الزيادة في مجلس العقد بمنـزلة تراضيهما عليه عند العقد؛ قال ابن الوكيل: «إذا زاد في الثمن أو المثمن، أو زاد شرط الخيار أو الأجل أو قدرهما في مجلس العقد ففيه وجهان: أصحهما عند الأكثرين اللحوق؛ لأن مجلس العقد كنفس العقد»[١]. ويدل على ذلك قوله تعالى في الصداق: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [سورة النساء: ٢٤]، قال السرخسي: «فذلك تنصيص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد»[٢].

والتحاق الزيادة بأصل العقد مقيد بحصول التراضي من الطرفين، حتى لو زاد أحدهما، ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة، ولا تلحق بأصل العقد[٣]؛ جاء في الفتاوى الفقهية الكبرى: «ولو انفرد أحدهما بذكر زيادة صحيحة، وامتنع من قبولها الثاني لم يلحق، ولكن لو تمادى الشارط ولم يفسخ استمر العقد صحيحًا، ولغت الزيادة»[٤]. إلا أن من قال بخيار المجلس أجاز الفسخ عند عدم رضا الطرف الآخر بالزيادة؛ لأن البيع لم يستقر، ولم يلزم بعد، ومن قال بلزوم العقد بمجرد العقد والتفرق بالأقوال أبقى العقد على حاله لازمًا.

والقاعدة محل خلاف بين الفقهاء؛ فمن قال بخيار المجلس أجرى القاعدة على إطلاقها، فألحق الزيادة أثناء المجلس بالعقد، كالشافعية والحنابلة[٥]؛ لأن المتعاقدين على اختيارهما فيه، كما لو كانا في حال العقد. أما

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٢٦٥. وانظر: المجموع المذهب للعلائي ٢/٣٦٦، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٧٩، القواعد للحصني ٤/١٣٦.

(٢) المبسوط ١٣/٨٤. وانظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٢١، تفسير القرطبي ٥/١٣٥، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٥٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٥٩، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٧٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٢٥.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٧٢.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٢٦٥، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٧٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٣٤.

من قال بلزوم العقد بمجرد القبول - كالحنفية والمالكية - فاختلفوا في الزيادة بعد انعقاد العقد هل تلحق به أم لا؟ فالمالكية لهم في ذلك قولان؛ كما تقرره القاعدة الخلافية: «اللاحقات للعقود هل تقدر واقعة فيها أم لا؟»[١]، أما الحنفية فالمذهب عندهم أن «الزيادة في الثمن والمثمن تثبت على سبيل الالتحاق بالأصل»[٢]، سواء كانت في مجلس التعاقد أو بعده[٣]، وكذلك الزيادة في الأجل تلتحق بأصل العقد وتصير كالمذكور فيه[٤].

ومن تطبيقاتها:

١- لو تصارفا ذهبًا بفضة، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئًا في المجلس وقَبِل الآخر تثبت الزيادة على سبيل الالتحاق بأصل العقد؛ كما لو كان مذكورا في أصل العقد، إلا أنه يشترط قبضها في المجلس؛ لأنه التحق بأصل العقد فكان بدل الصرف، فشرط قبضه في المجلس، فإن افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة[٥].

٢- إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه، ففعل، فوهب له المشتري منديلا،

(١) مواهب الجليل للحطاب ٤١٢/٤، منح الجليل لمحمد عليش ١١٨/٥، وقد وردت القاعدة عند المقري بألفاظ مختلفة منها: القاعدة رقم ٥٢٩: "الملحق بالعقد كالواقع معه"، ووردت في إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٥، القاعدة: ٥٨، وفي شرح المنجور١/٤٣٨ بلفظ: "الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟". وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الملحق بالعقد يعد واقعًا فيه".

(٢) المبسوط للسرخسي ٨٤/١٣. وقال العيني في عمدة القاري للعيني ٢١٧/١١: "وعند الحنفية الزيادة في الثمن أو الحط منه يلحقان بأصل العقد ولو بعد تمام العقد، وكذلك الزيادة في المبيع تصح وتلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بكل ما وقع عليه في العقد من الثمن والزيادة عليه". وانظر أيضًا: بدائع الصنائع ٢٥٨/٥.

(٣) وكذلك المالكية لم يفرقوا بين الإلحاق في المجلس أو بعده على القول بالتحاق الزيادة.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/٣٠، ١٣٥.

(٥) انظر: المبسوط ٨٤/١٤، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٦/٥.

فالمنديل لصاحب الثوب؛ لأن هبة المنديل سببها البيع، فكان المنديل زيادة في الثمن، والزيادة في مجلس العقد تلحق به[١].

٣- من اشترى شيئًا بثمن ثم ألحق به زيادة في مجلس العقد لحقت الزيادة بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الزيادة؛ لأن مجلس العقد كنفس العقد[٢]؛ فإذا باع مرابحة أخبر بالثمن الذي استقر عليه العقد بعد الزيادة.

٤- يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، فلو تبايعا بقدر، ثم غيّراه بالزيادة في مجلس العقد، ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع؛ لأن الزيادة في زمن الخيار بمنزلة الزيادة في حالة العقد[٣].

التطبيق الرابع من القواعد :

٩٧٦ ـ نص القاعدة: الشَّرْطُ إِذَا وُجِدَ فِي الْمَجْلِسِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ[٤].

ومن صيغها :

الشرط إن كان في مجلس العقد يلحق بالعقد، وإن كان بعده فلا[٥].

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن الشرط المتأخر عن العقد إذا وقع في مجلس العقد

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٨٢.

(٢) انظر: المجموع المذهب للعلائي ٢/٣٦٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٧.

(٣) انظر: حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣/٥٠٥، حاشية الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٢٧٥، المغني لابن قدامة ٥/٢٠١.

(٤) تكملة المجموع شرح المهذب للسبكي ١٠/١٥٦.

(٥) العرف الشذي لأنور شاه الكشميري ٣/٣٣.

يلحق بالعقد ويؤثر فيه، فإذا بدا للمتعاقدين اشتراط شيء بعد تمام العقد وهما في المجلس ولم يتفرقا فإن هذا الشرط يلتحق بأصل العقد، فإذا كان صحيحًا لزم الوفاء به، وإذا كان فاسدًا أفسد العقد.

وهذه القاعدة أخذ بها الشافعية على إطلاقها فالأصل عندهم أن العاقدين «لو ألحقا شرطا صحيحًا أو فاسدًا في مجلس الخيار فإنه يلحق العقد؛ لأن مجلس العقد كالعقد»[١]، وهو الذي صححه النووي[٢]، ومنهم من قال بأنه لا يلحق بالعقد ولا يؤثر[٣]، وهو الظاهر من كلام الإمام الشافعي حيث جاء في كتابه: «لا يفسد عقد أبدًا إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب»[٤]، إلا أنه يمكن حمل كلامه على المفسد المتأخر عن مجلس العقد. وأما الإمام أبو حنيفة فذهب إلى أن: «الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد»[٥]، ويكون مؤثرًا، فإذا كان صحيحًا لزم الوفاء به، وإذا كان فاسدًا أفسد العقد في الرواية المشهورة؛ خلافا لأبي يوسف ومحمد[٦]، ولا يشترط عند الحنفية الإلحاق في المجلس[٧]. وأما المالكية فلهم في ذلك قولان، كالخلاف في الزيادة أو النقصان[٨].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥٢، مغني المحتاج ٢/٣٩٦.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٠١.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٦١.

(٤) الأم للشافعي ٧/٣١٢.

(٥) معين الحكام للطرابلسي ص ١٤٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٨٤.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٦. وعن أبي حنيفة رواية أخرى أن الشرط لا يلتحق بالعقد إلا إذا كان صحيحًا، أما إذا كان فاسدًا فلا، وهي الرواية المصححة في المذهب. انظر: البحر الرائق ٦/٩٤، رد المحتار ٥/٨٤- ١٢٦- ١٥٨.

(٧) انظر: معين الحكام للطرابلسي ص ١٤٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٨٤.

(٨) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٥، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٤٣٨-٤٤٠، قاعدة "الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟".

ومن تطبيقاتها:

١- لو اشترى شيئًا ثم ألحق به خيار الشرط وهو في المجلس التحق الخيار بأصل العقد وأصبح لازمًا[١].

٢- من اشترى نعلا بشرط أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع جائز[٢]، فكذلك إذا اشترط هذا الشرط بعد تمام العقد وهو في المجلس التحق الشرط بأصل العقد ولزم.

٣- إذا اشترى شيئًا بألف حالة، ثم إن المشتري طلب من البائع تأجيل الثمن شهرا، وهو في مجلس العقد، ووافقه البائع على ذلك جاز التأجيل، ويصير كأنه كان مسمى في العقد[٣].

٤- إذا كان لرجل على آخر دين فقال المدين: أحلتك بالمال الذي لي قبل فلان، ورضي المحال بذلك، فينتقل الدين الثابت في ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه. فإذا اشترط المحال بعد العقد في المجلس أن يعطيه المحال عليه بالدين رهنا جاز ذلك ولحق بالعقد.

٥- يجوز للبائع في بيع التقسيط أن يشترط على المشتري حلول سائر الأقساط عند تأخر المدين عن أداء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه[٤]، وكذلك إذا اشترط ذلك بعد العقد في المجلس التحق الشرط بأصل العقد ولزم.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٧، المدونة لسحنون ٣/٣٢٠، المغني لابن قدامة ٤/٨٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٩٠.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٥، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٦/١/٤٤٨.

٦- لو قال: بعتك هذه السيارة، وتم العقد بالإيجاب والقبول، ثم اشترط البائع وهو في مجلس العقد أنه سيسافر بها إلى بلد كذا قبل أن يسلمها صح الشرط[1]؛ لأن الشرط في مجلس الخيار يلتحق بالعقد.

٧- يجوز للبائع في بيع التقسيط أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده؛ لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة عند التخلف عن الأداء[2]، وكذلك إذا اشترط الرهن بعد العقد في المجلس التحق الشرط بأصل العقد ولزم.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ٨/٢٢٤.

(٢) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ١٧٩، قرار رقم: ٥١ (٦/٢).

رقم القاعدة: ٩٧٧

نص القاعدة: الطَّارِئُ بَعْدَ العَقْدِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِهِ كالمُقْتَرِنِ بِالعَقْدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الطارئ بعد العقد قبل تمام المقصود به كالمقارن للعقد[٢].

٢- الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب[٣].

٣- الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد[٤].

٤- الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب[٦]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥١/٢١. وبنحوه في ٣٤/٢٢.
(٢) المبسوط ١٥١/٢١.
(٣) المبسوط ١٥٨/٣٠.
(٤) المبسوط ٩/١٣.
(٥) المبسوط ١٤٨/١٣.
(٦) المبسوط ١٠٢/١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الطارئ هل هو كالمقارن[١]؟ (أعم).

٣- العقد يبطل بهلاك المعقود عليه[٢]. (أخص).

٤- يبطل العقد ما يمنعه ابتداء[٣]. (أخص).

٥- العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد[٤]. (أخص).

٦- الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكمًا[٥]. (أخص).

٧- الإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد[٦]. (أخص).

٨- ما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب[٧]. (مقابلة).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة تعني أن العقد إذا انعقد صحيحًا مستوفيًا لشروطه، سالمـًا من الموانع، لكن قبل تقرره وحصول المقصود به طرأ أمر يؤثر في العقد، فإن هذا الأمر الطارئ والعارض في حكم الموجود أثناء العقد من حيث ترتب آثاره عليه.

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٣٤٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الطارئ هل ينزل منزلة المقارن".

(٢) المبسوط ٧/٢٠٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٦.

(٤) تكملة المجموع لابن السبكي ١٢/١٢٤.

(٥) المبسوط ١٣/٦٧.

(٦) المبسوط ١٣/١٣٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المبسوط ٢٢/٣٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العارض من السبب لا يؤثر فيما انتهى حكمه بالاستيفاء".

والعقد يحصل مقصوده في العقود الفورية - وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كالبيع المطلق والصلح والهبة وغيرها - بقبض المعقود عليه حقيقة أو حكمًا؛ لأن القبض يتم ويستقر بالقبض. أما العقود المستمرة - وهي التي تدوم آثارها بدوام المحل، ويستغرق تنفيذها مدة من الزمن وتمتد بامتداد الزمن حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين والتي تقتضيها طبيعة هذه العقود، كالإجارة والإعارة والوكالة والرهن وأمثالها[١]- فإن حصول مقصودها إنما يكون بتحقق ما أراده وقصده المكلف من هذا العقد. فلو طرأ أمر قبل أن يتم القبض في العقود الفورية، أو قبل حصول المقصود من العقود المستمرة كان في حكم الموجود وقت الانعقاد. أما بعد أن يتم العقد ويحصل مقصوده فلا أثر لما يطرأ بعد ذلك بناء على القاعدة المتقررة عند عامة الفقهاء من أن «ما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب».

وأغلب ما يطرأ على العقد قبل حصول المقصود به هو الموانع من صحة العقد ومبطلاتُه، كهلاك المعقود عليه، ونحو ذلك من الأمور، لكن قد يعرض ما يوجب خيار الفسخ لأحد العاقدين، كحدوث عيب في المعقود عليه، أو تطرأ زيادة عليه، فلو حصل شيء من هذا فكأنما كان موجودًا وقت الانعقاد، فمثلا: يشترط لصحة الإقالة قيام الملك في المبيع وقت الإقالة، فإذا هلك المبيع بعد الإقالة قبل الرد فالإقالة باطلة؛ «لأن العارض من هلاك المحل بعد الإقالة قبل الرد كالمقترن بالإقالة ألا ترى أن هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد»[٢]. ومن ذلك ما نص عليه الشافعية: «إن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار، فإن كان بالزوج، ثبت لها الخيار؛ لأن

(١) انظر: في تعريف العقود الفورية، والعقود المستمرة: الموسوعة الفقهية ٢٨/٧، ٢٩.
(٢) المبسوط ١٢/١٦٩.

ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة»[١].

وهذه القاعدة هي من القواعد المتداولة لفظًا عند الحنفية، وبخاصة الإمام السرخسي، رحمه الله تعالى، ولم يأخذ بها قاعدةً مطردة بقية المذاهب، بل أخذوا بها في مواضع، وخالفوها في مواضع أخرى، كما يدل على ذلك بعض التطبيقات المذكورة فيما يلي - إن شاء الله تعالى - ومن أبرز تلك المسائل: هلاك المبيع قبل القبض هل يكون من ضمان البائع كما قال الحنفية والشافعية، أو من ضمان المشتري - إلا إذا كان فيه حق التوفية - كما قال المالكية، ومثله قول الحنابلة[٢] والظاهرية[٣] واختلف فيه الإباضية على قولين[٤]؟

ومن ذلك أيضًا: اختلاف الشافعية في الفساد الطارئ على العقد هل هو كالمقارن له؟ فذهب بعضهم إلى أنه كالمقارن، لكن قال الماوردي: «على قول جمهور أصحابنا إن الفساد الطارئ بعد العقد مخالف لما قارن العقد»[٥].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٨ - ٢٨٠].

٢- قوله ﷺ: «وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله»[٦].

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ٢٦٦/١٦.
(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٤١/٣٠ - ٢٤٢.
(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٢٧١/٧-٢٧٢ و٣١٤.
(٤) انظر: شرح النيل لأطفيش ٥١٤/٨.
(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٤٠٨/٦. وانظر أيضًا: ٣٨٤/٦، البيان للعمراني ١٤٧/٥.
(٦) جزء من حديث رواه مسلم في صحيحه٨٨٦/٢(١٢١٨) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

وجه الدلالة من الآية الكريمة والحديث النبوي بينه الجصاص - رحمه الله تعالى - بقوله: «إن الله أبطل منه [يعني من الربا] ما بقي مما لم يقبض ولم يبطل المقبوض. ثم قال تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، وهو تأكيد لإبطال ما لم يقبض منه وأخذ رأس المال الذي لا ربا فيه ولا زيادة »، ثم ذكر هذا الحديث وقال: «وفيما روي في خطبة النبي ﷺ ضروب من الأحكام: أحدها: أن كل ما طرأ على عقد البيع قبل القبض مما يوجب تحريمه فهو كالموجود في حال وقوعه...، كما أبطل الله تعالى من الربا مالم يقبض؛ لأنه طرأ عليه ما يوجب تحريمه قبل القبض»[1].

٣- أدلة قاعدة: «الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب»؛ لأنها أعم من القاعدة التي بين أيدينا، ومن المعلوم أن أدلة الأعم أدلة للأخص منه.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا دفع إلى رجل نقودًا مضاربة فلم يشترِ شيئًا حتى ألغي التعامل بتلك العملة وأحدثت عملة غيرها فسدت المضاربة؛ لأن جواز المضاربة بها باعتبار صفة الثمنيَّة، وهي ثمن ما دامت رائجة فإذا ألغيت لم تبق لها قيمة، ولو اقترن إلغاؤها بعقد المضاربة لم تصح المضاربة فكذلك إذا ألغيت بعد العقد قبل حصول المقصود به؛ لأن الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقارن للعقد[2]. وكذلك لو دخل في ملك أحد الشريكين شركة المفاوضة قبل الشراء ما يصلح أن يكون رأس

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٩١/٢. وانظر أيضًا: أحكام القرآن للشافعي ٤٦/٢.

(٢) انظر: المبسوط ٨٨/٢٢.

مال الشركة بطلت المفاوضة؛ لوجود التفاوت في رأس المال، والطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب[١].

٢- لو اشترى صيدًا ثم أحرم البائع أو المشتري قبل القبض بطل البيع؛ لأنه قد طرأ عليه ما يوجب تحريم العقد قبل القبض فكان كالموجود عند العقد[٢].

٣- إذا ارتهن غير المسلم من غير المسلم خمرا بدين له عليه فأسلم المرتهن بطل الرهن؛ لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، ولا يتم ذلك إلا بهلاك الرهن، فلو أسلم المرتهن بعد العقد قبل حصول المقصود به يجعل إسلامه بمنزلة المقترن بالعقد[٣]. وكذلك لو أن غير المسلمَيْن عقد بينهما عقدًا بخمر أو خنزير، أو نحوهما مما لا يحل في شرعنا، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر أو الخنزير بطل العقد؛ لأن الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالموجود عند العقد حكما، والإسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد، وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد[٤]؛ وكذلك إذا تعاملا بالربا ثم أسلم أحدهما[٥]، أو اشترى مسلم عصيرًا فتخمر قبل القبض بطل العقد، لهذه القاعدة[٦].

---

(١) انظر: المبسوط ١٥٨/٣٠.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٩١/٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٣٨/١٣.

(٤) انظر: المبسوط ٦٧/١٣، أحكام القرآن للجصاص ١٩١/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/٥، الأم للشافعي ٢١١/٤، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٧٠٣/٢.

(٥) انظر: المدونة ٢٨٥/١٠. وراجع أيضًا: جامع المقاصد للحلي ٢٤٩/٦.

(٦) انظر: المبسوط ١٥١/٢١.

٤- لو أن رجلا كان له على غيره دَين، فصالحه على شيء، كثوب، أو سيارة مثلا، فهلك الشيء المصالح عليه قبل القبض بطلت البراءة وعاد الدَّين[(١)].

٥- من طلق زوجته قبل الدخول فالزيادة المتولدة من المهر – متصلة كانت أو منفصلة - تتنصف بالطلاق مع الأصل؛ لأنها في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد[(٢)]. وكذلك لو أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع في نصفها؛ لأنها زادت زيادة متصلة[(٣)] قبل الدخول – وهو وقت القبض - فكانت كالموجودة أثناء العقد.

٦- لو باع شيئًا فحصلت زيادة في المبيع، فإن هذه الزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد فتكون معقودا عليها بالقبض، ويكون لها حصة من الثمن؛ لأن الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد[(٤)].

٧- إن تلف بعض رأس المال قبل تصرف العامل فيه انفسخت المضاربة

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/١٩٩.

(٢) هذا مذهب الحنفية والمالكية. وذهب الشافعية والحنابلة، إلى أن زيادة الصداق المنفصلة تكون للمرأة، ويرجع الزوج بنصف الأصل فقط، لأن تلك الزيادة نماء ملكها، والرجوع بنصف الأصل لا يلحق الضرر بواحد منهما.
وإن كانت تلك الزيادة متصلة، فإن الزوج في هذه الحالة لا يستقل بالرجوع إلى النصف ذاته، بل يخير الزوجة بين رد نصفه زائدا، وبين إعطاء نصف قيمته يوم العقد. انظر: المبسوط ٥/٧١، الموسوعة الفقهية ٢٤/٧٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٨/٤٦.

(٤) انظر: المبسوط ٥/٧١، فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٤٨، و٦/٧٧، مائة قاعدة فقهية للمصطفوي ص ١١٣.

في التالف، وكان رأس المال هو الباقي خاصة؛ لأنه مال هلك قبل التصرف المقصود أشبه التالف قبل القبض[١].

٨- إن تعيَّب الصداق في يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة؛ لأن العيب اليسير لو كان موجودًا وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا إذا حدث بعد العقد قبل القبض. وإن حصل بالصداق عيب فاحش بيد الزوج بآفة سماوية ثبت لها الخيار، إن شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج، وإن شاءت أخذت المعيب[٢].

٩- لو تعيبت السلعة المباعة عند البائع بغير فعل المشتري قبل القبض، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها؛ لأنها تعيبت في ضمان البائع؛ لأن العيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد[٣].

١٠- من وكَّل غيره بشيء لكن قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف عزله الموكِّل أو مات أو جُن جنونًا مطبقًا، وعلم الوكيل بذلك، فتصرفه بعد ذلك يكون باطلا بلا خلاف[٤] بموجب هذه القاعدة.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥٣٢. وراجع أيضًا: فتح القدير ٦/١٧٩.

(٢) انظر: المبسوط ٥/٧٤. وراجع أيضًا: الوسيط للغزالي٥/٢٢٠.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/١٨٦، و١٩/١٠٨. وراجع أيضًا: المهذب للشيرازي ١/٢٨٤، البيان للعمراني ٥/١٤٧، الإنصاف للمرداوي ٦/٢٨٢، مائة قاعدة فقهية للمصطفوي ص ١١٣، شرح الأزهار لابن مفتاح ٢/٧٦ حيث جاء فيه قوله: "كل عيب حادث قبل التسليم فهو في حكم الحادث قبل العقد".

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٧١، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٥٥. وراجع أيضًا: شرح الأزهار لابن مفتاح ١٠/١٨.

رقم القاعدة: ٩٧٨

نص القاعدة: الْعُقُودُ الَّتِي عَقَدَهَا الْكُفَّارُ يُحْكَمُ بِصِحَّتِهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مُحَرَّمَةً عَلَى الْـمُسْلِمِينَ (١).

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يحكم لعقود الكفار بالصحة وإن لم توافق الإسلام، فإذا أسلموا أجرينا عليهم أحكام المسلمين(٢).

٢- تصح العقود والقبوض التي وقعت في حال الكفر إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم(٣).

٣- سائر العقود للكافر ما سلف منها، ويجب عليه ترك ما يحرمه الإسلام(٤).

---

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص٢٨٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٦/١٩١.

(٣) انظر: القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص٢٨١. وأصل العبارة قوله رحمه الله: "الكتاب والسنة دلا على صحة العقود والقبوض التي وقعت في حال الكفر وأمر الله بالوفاء بها إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم".

(٤) انظر: أحكام أهل الذمة لابن قيم الجوزية ٢/٧١٠.

٤- ما مضى في وقت الكفر فإنه يبقى ولا ينقص ولا يفسخ، وما لا يوجد منه شيء في حال الكفر فحكمه محمول على الإسلام[1].

قواعد ذات علاقة :

١- الإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد[2]. (أخص).

٢- كل ما قبضه الكفار من الأموال قبضا يعتقدون جوازه فإنه يستقر لهم بالإسلام[3]. (أخص).

٣- كل نكاح لم يقَر عليه المسلم لم يقَر عليه الكتابى[4]. (متفرعة عن القاعدة).

٤- بياعات أهل الحرب كلها ماضية إذا أسلموا بعد التقابض فيها[5]. (متفرعة عن القاعدة).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن ما يجريه الكافر من عقود قبل إسلامه يحكم لها بالصحة إذا أسلم ما لم تكن تلك العقود محرمة على المسلمين. فإن أسلم حُكم ببطلان ما يقتضي الإسلام بطلانه من حين الإسلام لا قبل ذلك[6].

---

(١) مفاتيح الغيب للرازي ٨٦/٧.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٠٤/١١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٤٠/٥.

(٤) المجموع شرح المهذب ٣١٧/١٦.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ١٩٢/٢.

(٦) انظر: أحكام أهل الذمة لابن قيم الجوزية ص٢٦٠.

فإذا عقد الكافر عقدًا من عقود المعاوضات ثم أسلم، فلا يخلو من حالين:

١- أن يكون قد قبض العوض قبل الإسلام، وفي هذه الحال يجوز له تملكه سواء أكان العقد مشروعًا في دين الإسلام أم غير مشروع. وذلك كمن كان عنده مصنع خمور مثلا فباعه وقبض ثمنه قبل إسلامه.

٢- أن يكون قد عقد العقد ثم أسلم قبل قبض العوض، فإن كان العقد مشروعًا في الإسلام فإن العوض يكون حلالا له، كمن باع سيارة ولم يقبض ثمنها حتى أسلم. أما إذا كان العقد غير مشروع في الإسلام فلا يجوز له تملك العوض، كمن باع خمرًا ولم يقبض ثمنها حتى أسلم، فلا يجوز له تملك العوض ويُفسخ العقد[١]؛ بناء على أن «الإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به يجعل بمنزلة المقترن بالعقد»[٢].

وهذا الحكم في كل عقود المعاوضات المالية ما عدا النكاح، فأنكحة الكفار صحيحة ويقرون عليها إن أسلموا، ولا ينظر إلى صفة عقدهم وكيفيته، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول، وذلك بشرطين:

الأول: أن تكون المرأة المعقود عليها ممن يصح العقد عليها في الإسلام.

والثاني: أن لا يكون العقد متضمِّنًا لما هو محرّم بعد إسلام العاقد أو المتعاقدَيْن. فإن كان السبب المحرّم قائمًا بعد الإسلام فلا يصح العقد، كأن يكون متزوجًا أكثر من أربع، أو من ذوات محارمه أو نحو ذلك مما هو موجود وقائم بعد الإسلام[٣].

---

(١) انظر: القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص٢٨٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١٠٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣١٠، حاشية الدسوقي ٢/٢٦٧- ٢٦٩، المهذب للشيرازي ٢/٥٣، المغني=

وإذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة والوصية وغيرها، فحكمه حكم عقود المعاوضات، فإن كان العقد قد أبرم وجرى القبض قبل الإسلام فإن العقد صحيح إذا كان على غير معصية. سواء كان الكافر الذي أسلم هو المتبرِّع أو المتبرَّع له. فإن كان العقد على معصية فإنه يكون غير صحيح ولو جرى القبض، كمن أوقف على كنيسة أو بيت نار(١). أما إذا أسلم الكافر ولم يقع القبض، فإذا كان عقد التبرع على غير معصية فإنه يصح، كمن وهب قريبه الفقير مالا وقبضه قبل الإسلام. فإذا كان العقد على معصية ولم يقع القبض حتى أسلم فالعقد غير صحيح ولا يلزمه إقباض المعقود عليه إذا كان هو المتبرِّع، كمن وهب مالا أو أرضًا لكنيسة ولم يُقبض ما وهبه حتى أسلم، فإنه لا يُقبِضه بعد إسلامه، وكذلك إذا كان من أسلم هو المتبرَّع له فلا يجوز له قبض المتبرع به إذا كان معصية، كما لو وهبه غيره خمرًا ثم أسلم قبل قبضها فإنه لا يجوز له قبضها بعد إسلامه.

وهذه القاعدة متفق عليها عند جميع الفقهاء ولم يخالف في أصلها أحد، بل ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن الخلاف في بعض فروعها خلاف شاذ(٢). وهي من القواعد التي تبين سماحة الإسلام ويسر الشريعة، فلو أن الإسلام ألغى هذه العقود وأمر من أسلم أن ينقض ما عقده منها لحصل من ذلك حرج شديد بسبب تقادم تلك العقود وكثرتها، ولكان ذلك تنفيرًا من دين الله، فكان في إقرار الشرع لهم على عقودهم- إلا ما كان سبب تحريمه قائمًا - تيسير عظيم(٣).

ومجال العمل بالقاعدة هو عقود المعاوضات، والتبرعات.

= ٦١٣/٦، شرح الأزهار للمرتضى ٣٧٦/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٣٠٣/٦ - ٣٠٤، تحرير الأحكام للحلي ٤٨٢/٣- ٤٨٤.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٦٠/٣، ٣٦١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٧٨/٤، مغني المحتاج للشربيني ٣٨٠/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٩٣/٢.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٩/٢٢.

(٣) انظر: المنتقى للباجي ١٢٢/٤، ١٢٣، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٦٤/١، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٣٧٠/١.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٨]، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بترك ما بقى لهم من الربا في الذمم ولم يأمرهم برد ما قبضوه بعقد الربا بل مفهوم الآية الذي اتفق العمل عليه يوجب أنه غير منهي عنه[١]. قال الرازي: «وهذه الآية أصل كبير في أحكام الكفار إذا أسلموا، فإن ما مضى في الكفر يبقى ولا ينقض ولا يفسخ، وما لم يوجد منه في حال الكفر فحكمه محمول على الإسلام»[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة: الآية ٢٧٥] ووجه الاستدلال: أن الله تعالى جعل لمن أسلم ما سلف من الربا وإن لم يكن مباحًا له، وكذلك سائر العقود له ما سلف منها ويجب عليه ترك ما يحرمه الإسلام. قال الإمام ابن القيم، رحمه الله: «وهذه الآية هي الأصل في هذا الباب جميعه، فإنه تعالى لم يبطل ما وقع في الجاهلية على خلاف شرعه، وأمر بالتزام شرعه من حين قام الشرع»[٣].

٣- عن ابنِ عمر رضي الله عنهما: «أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعا منهن»[٤] ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أنفذ نكاح المشرك الذي أسلم

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣١٩/٢٩، القواعد النورانية ص٢٨١، ٢٨٢، الأم للشافعي ٢٢٣/٤.

(٢) مفاتيح الغيب للرازي ٨٦/٧.

(٣) أحكام أهل الذمة ٧١٠/٢ – ٧١١.

(٤) رواه أحمد ٢٢١/٨ (٤٦٠٩) وفي مواضع، والترمذي ٤٣٥/٣ (١١٢٨)، وابن ماجه ٦٢٨/١ (١٩٥٣) من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

وقرره عليه، بدليل أنه أمره باختيار أربع، وأمره بترك ما خالف الإسلام وهو ما زاد على أربع زوجات[(١)].

٤- ما جاء من قول النبي ﷺ: «وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا، ربا عباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله»[(٢)]. وفي رواية: «وإن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»[(٣)]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمرهم بوضع وترك ما بقي من الربا في الذمم مما لم يقبض ولم يأمرهم برد ما قبضوه بعقد الربا، بل أمضاه لهم[(٤)].

٥- عن ابن عباس، رضي الله عنهما، قال: قال النبي ﷺ: «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم له، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام»[(٥)]. قال الإمام الخطابي: «فيه بيان أن أحكام الأموال والأنساب والأنكحة التي كانت في الجاهلية ماضية على ما وقع الحكم منهم فيها أيام الجاهلية لا يرد منها شيء في الإسلام»[(٦)].

٦- إقرار النبي ﷺ من أسلم على أنكحتهم التي عقدوها في الجاهلية، ولم يستفصل منهم هل عقدوها في عدة أو في غير عدة؟ بولي أو بغير

---

(١) انظر: الأم ١٧٥/٥، مجموع الفتاوى ١٥٧/٢٩، أحكام أهل الذمة ٦٩٧/٢.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٨٨٦/٢ (١٢١٨) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. وهو جزء من حديث جابر الطويل في الحج.

(٣) رواه أبو داود ٢٤٤/٣ (٣٣٣٤)، والترمذي ٢٧٣/٥ (٣٠٨٧) وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه ١٠١٥/٢ (٣٠٥٥)، كلهم عن سليمان بن عمرو بن الأحوص، عن أبيه رضي الله عنه.

(٤) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٦٢/٣، شرح النووي على صحيح مسلم ١٨٢/٨، عون المعبود لشمس الحق العظيم آبادي ٢٦٢/٥.

(٥) رواه أبو داود ١٢٦/٣ (٢٩١٤)، وابن ماجه ٨٣١/٢ (٢٤٨٥) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٦) معالم السنن للخطابي المطبوع مع سنن أبي داود ٣٣٠/٣.

ولي؟ بشهود أو بغير شهود؟ ولم يأمر أحدًا بتجديد نكاح ولا بفراق امرأته، إلا أن يكون السبب المحرم موجودًا وقائمًا حين الإسلام[1].

٧- الإجماع حيث نقل عدد من الفقهاء اتفاق المسلمين على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين[2].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا أسلم رجل وعنده زوجة يهودية أو نصرانية ولم تسلم فإنه يقر على النكاح إذا شاء، ولا يطالب بتجديد العقد[3]؛ لأن عقود الكفار التي وقعت في حال الكفر تصح إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم.

٢- إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع زوجات أسلمن معه وجب عليه مفارقة ما زاد على الأربع، ويصح نكاحه بالباقي[4]؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة ويقرون عليها إن أسلموا ما لم تكن مخالفة للإسلام.

٣- المجوسي إذا أسلم وتحته زوجة هي أمّه أو أخته أو ذات محرم منه، فإنه يفرق بينه وبينها، ولا يجوز إبقاؤها تحته، وإن كان ذلك مباحًا في دينه قبل إسلامه؛ لأن العقود التي وقعت في حال الكفر تصح إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم.

---

(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٣/٧٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٩٠.

(٢) انظر: القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص٢٨١، ٢٨٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣٧، المغني ١٠/٥.

(٣) انظر: القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص ٢٨١، ٢٨٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٦٥، ٢٦٦، الفروق للقرافي ٢/٩١، ٣/١١١، ١١٢، ١٣٢، ١٣٣، مغني المحتاج ٣/١٨١، ١٩٦، المغني ٦/٥٣٩، ٥٤٠، أحكام أهل الذمة ٢/٦٩٦ - ٧٠٢، المحلى لابن حزم ٩/٤٤١.

٤- إذا أسلم رجل وامرأته، وكان نكاحهما على مهر حرام كالخمر مثلا، فقبضته المرأة فلها ما قبضته، وإن كانت لم تقبضه فلا يجوز لها أخذه ولها مهر مثلها دون ما سمي[١]؛ لأنه يحكم لعقود الكفار بالصحة وإن لم توافق الإسلام، فإذا أسلموا أجرينا عليهم أحكام المسلمين.

٥- إذا أسلم الكافر وكان يبيع خمرًا جاز له تملك المال الذي قبضه من بيعها، ولا يجوز له تملك المال الذي لم يقبضه[٢].

٦- لو أوصى كافر بوصية ثم أسلم وكانت العين الموصى بها قائمة بعينها أجيزت وصيته إذا لم تكن بمحرم[٣]؛ لأن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين.

٧- إذا تعاقد رجل مع غيره بعقد ربا ثم أسلم، فإن المقبوض بهذا العقد قبل الإسلام يملكه صاحبه، وإن كان لم يقبضه حتى أسلم فإن العقد يفسخ ولا يجوز له قبض الزيادة الربوية التي لم تقبض ولم يجب عليه من رأس المال ما قبضه قبل الإسلام؛ لأنه ملكه بالقبض في العقد الذي اعتقد صحته[٤].

٨- إذا باع كافر لآخر حظيرة خنازير، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، يفسخ البيع؛ لأنه بالإسلام حرم البيع والشراء، فيحرم القبض والتسليم أيضًا، وإذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض صح البيع ويجوز لهما تملك المبيع والثمن[٥].

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: مفاتيح الغيب ٨٦/٧.
(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٨/٢٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٣٥/٧.
(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٤١١/٢٩.
(٥) انظر: مجموع الفتاوى٨/٢٢، بدائع الفوائد لابن القيم ٧٢/٥.

رقم القاعدة: ٩٧٩

نص القاعدة: الْإِسْلَامُ الطَّارِئُ بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ حُصُولِ الْـمَقْصُودِ يُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الْمُقْتَرِنِ بِالْعَقْدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما اعترض من الإسلام قبل تمام المقصود بالعقد يجعل كالمقترن بحالة العقد[٢].

٢- الإسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد[٣].

٣- الإسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد[٤].

٤- الإسلام يمنع القبض، كما يمنع ابتداء العقد[٥].

٥- لا عبرة بالعقد على المحرم إذا لم يتصل به قبض قبل الإسلام[٦].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/١٣٨. ووردت في المبسوط ٢١/١٥١ أيضًا بلفظ: "الإسلام الطارئ بعد العقد قبل تمام المقصود به كالمقارن للعقد".

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ٤/١٤٩٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٦٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ٥/٤٣.

(٥) المبسوط ١٤/٥٩.

(٦) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/١٩٧.

٦- ما عقد – من العقود المحرمة- ولم يتم بالقبض حتى جاء الإسلام يُرد[١].

٧- الإسلام إذا طرأ فإنه يلاقي الحرمة القائمة بالرد[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- المانع الطارئ هل هو كالمقارن[٣]. (أعم).

٢- يُبْطل العقد ما يمنعه ابتداء[٤]. (أعم).

٣- العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين[٥]. (مكملة).

٤- العوض لا يسقط بالإسلام[٦]. (مقيدة بها).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن العقود التي يعقدها الكفار فيما بينهم إذا طرأ عليها الإسلام قبل تمامها وحصول المقصود منها بالقبض فإنها تبطل وتُفسخ إذا كان الإسلام يمنع من انعقادها ابتداء، فيكون الإسلام الطارئ على العقد كالمقارن له

---

(١) الأم للشافعي ٥/٥٣.

(٢) المبسوط ١٣/٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٥ ، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الطارئ هل ينزل منزلة المقارن".

(٤) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٦. ووردت في المبسوط ١١/١٦٣ بلفظ: " إذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعًا من العقد فكذلك إذا اعترض يكون مبطلا"، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الفساد الطارئ بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد".

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٥٨ ، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) التجريد للقدوري ١٢/٦٢٥٣.

في المنع؛ فإذا أسلم الكافر وقد عقد عقودًا ربوية لم يقع فيها التقابض بطلت ووجب عليه فسخها.

والإسلام إنما يبطل العقود المحرمة إذا لم يحصل التقابض[1] فيها، كما نصت على ذلك القاعدة، أما إذا تم العقد قبل الإسلام، وحصل التقابض، فإن الإسلام لا يتعرض له ما لم يكن سبب التحريم قائما؛ إذ «الإسلام متى ورد، والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو»[2]؛ لأن «الإسلام يجب ما قبله»[3]، كما قال تعالى في الربا: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، أي ليس عليه رد ما أخذ من الربا قبل الإسلام، فمن كان يتاجر في المحرمات، واكتسب أموالا كثيرة من ذلك، وقبضها قبل إسلامه فإن الإسلام لا يمنعه من الانتفاع بها إلا إذا كانت محرمة العين فعليه إتلافها؛ لقيام سبب التحريم، قال ابن تيمية: «اتفق المسلمون على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين، وإن كان الكفار لم يعقدوها بإذن الشارع»[4].

وعدم حصول التقابض في العقود له صور مختلفة، وذلك على النحو التالي:

الأولى: أن يكون العقد المحرَّم قد انعقد قبل الإسلام بالأقوال، دون أن يحصل شيء من التقابض، فإن الإسلام يبطل العقد ويجعله كالمعدوم بلا خلاف.

---

(١) والقبض يكون في كل شيء بحسبه، ويراد به في النكاح الدخول.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣١٤/٢. وجاء في المبسوط ٦٧/١٣: "الإسلام المحرم إذا طرأ لا يتعرض للمقبوض".

(٣) الأشباه لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي ٤٠٢/٣، الفروق للقرافي ٢١٩/١، المنثور للزركشي ١٦١/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٥٨/٢٩.

الثانية: أن يكون العقد انعقد قبل الإسلام مع قبض العوض المباح، دون مقابله المحرَّم فإن العقد ينفسخ، ويُرد المقبوض، «فإذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمر فأسلم أحدهما، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن المسلم يأخذ دراهمه؛ لأن الأول تعذر عليه استيفاء المعقود عليه، والآخر تعذر عليه الإيفاء»[1]. وهو ما نصت عليه آية الربا: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]؛ قال الماوردي: «وَإِن تُبْتُم فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ (يعني التي دفعتم)، لاَ تَظْلِمُونَ (بأن تأخذوا الزيادة على رؤوس أموالكم)، وَلاَ تُظْلَمُونَ (بأن تمنعوا رؤوس أموالكم)»[2].

الثالثة: أن يكون العقد قد انعقد قبل الإسلام، مع قبض المحرم الذي يعتقدونه حلالا، دون عوضه، وهذا محل خلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية في المشهور إلى أن العوض لا يسقط بالإسلام، كما قال السرخسي: «لو أسلم نصراني خمرًا إلى نصراني في حنطة وقبض الخمر، ثم أسلم أحدهما لم ينتقض السلم؛ لأن الإسلام طرأ بعد قبض الحرام، وإنما بقي من حكم العقد قبض الحنطة، والإسلام لا يمنع من ذلك»[3]، وعليه يدل كلام المالكية، قال الباجي: «ولو أن نصرانيًا ابتاع من نصراني خمرًا أو خنزيرًا ثم أسلم المبتاع قبل دفع الثمن لم يسقط عنه الثمن»[4]، وكذلك الإمامية[5]. وهو ما نص عليه بعض الحنابلة، قال الرحيباني: «إذا تبايع ذميان خمرًا بثمن بذمة، وأُقبض الخمر، ثم أسلم بائعه أو المشتري بعد تبايعهما وتقابض الخمر جاز أخذ الثمن؛ لاستقراره

---

(١) المبدع لابن مفلح ٤/١٩٤.

(٢) النكت والعيون للماوردي ١/٣٥٢.

(٣) المبسوط ٢١/٥٢.

(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣/٢٨٨. وانظر: منح الجليل شرح خليل لمحمد عليش ٣/٣٦٩.

(٥) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٣/١٨٠.

بذمة المشتري بقبض الخمر»[١]. والمشهور عندهم أن اعتراض الإسلام يبطل العقد إذا لم يحصل التقابض من الطرفين أو من أحدهما[٢]؛ جريًا على القاعدة.

أما إذا كان المحرم الذي تمت المعاوضة عنه حرامًا في اعتقادهم أيضًا فإن عوضه يسقط بالإسلام، ولا يطالب به بعد دخوله في دين الله تعالى وتوبته منه.

وهذه القاعدة متفرعة من قاعدة: «يبطل العقد ما يمنعه ابتداء»[٣] التي تشمل الموانع المختلفة من الإسلام أو الردة أو الهلاك أو الاستحقاق ونحو ذلك.

أدلة القاعدة:

١- قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨]. فأبطل الله من الربا ما لم يكن مقبوضًا قبل الإسلام؛ قال الماوردي: «فما قبضه قبل إسلامه معفو عنه لا يجب عليه رده، وما بقي منه بعد إسلامه، حرام عليه لا يجوز له أخذه»[٤]، وفي ذلك دليل على أن «ما عقد ولم يتم بالقبض حتى جاء الإسلام يرد»[٥].

٢- لأن بالإسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد؛ لأنه تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به؛ وهو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطًا[٦].

٣- قاعدة: «يبطل العقد ما يمنعه ابتداء»[٧] وأدلتها.

---

(١) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٢٩٩ باختصار. وانظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٢٤٩.
(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٦٦، ٤٦٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٤٠.
(٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٦.
(٤) النكت والعيون للماوردي ١/٣٥٢.
(٥) الأم للشافعي ٥/٥٣.
(٦) بدائع الصنائع ٥/١٩٣.
(٧) تكملة المجموع ١٤/١٧٦.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ارتهن الذمي من الذمي خمرًا ثم أسلم خرجت من الرهن؛ لأن الإسلام الطارئ بعد العقد قبل تمام المقصود به كالمقارن للعقد[1].

٢- لو أن رجلا دخل دار الحرب وباعهم متاعًا إلى أجل معلوم، ثم صالحهم على أن يعجلوا له ويضع عنهم البعض، ثم أسلم الذي عليه الدين قبل حصول القبض، فقد بطل التصرف؛ لما فيه من الربا، وكان المال كله عليه إلى أجله؛ لأن ما اعترض من الإسلام قبل تمام المقصود بالعقد يجعل كالمقترن بحالة العقد[2].

٣- لو أن نصرانيًا اشترى من نصراني خنزيرًا فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما فلا بيع بينهما؛ لأن الإسلام كما يمنع ابتداء العقد على الخنزير فكذلك يمنع القبض بحكم العقد[3].

٤- لو أقرض الذمي ذميًا خمرًا ثم أسلم المقرض سقطت الخمر؛ لأن إسلامه مانع من قبضها، ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرض[4].

٥- إذا سلَّف النصراني نصرانيًا ميتة، وتحمل له نصراني آخر بذلك، فأسلم الحميل، وأعدم الذي عليه الحق، فليس على الحميل الذي أسلم شيء، ويتبع النصراني غريمه النصراني[5].

---

(١) انظر: المبسوط ٢١/١٥١، الفتاوى الهندية ٥/٤٣٧.
(٢) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٤/١٤٩٤، ١٤٩٥.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٦٧، بدائع الصنائع ٥/١٤٣.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٣، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٧٧، المغني لابن قدامة ٤/٢١٤، المبدع لابن مفلح ٤/٢١٢.
(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥/١١٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٢٥.

٦- إذا تزوج الكافر امرأة وجعل صداقها شيئًا محرمًا ثم أسلما بعد البناء وقبل قبض الصداق ثبت النكاح، وبطل الصداق، ووجب عليه صداق المثل[١].

٧- لو تخالع كافران بعوض محرم، ثم أسلم أحدهما قبل قبض المحرم فلا شيء للزوج المخالع؛ لأنه عوض ثبت في ذمتها بالخلع، فلم يكن له غيره، وقد سقط بالإسلام[٢].

٨- لو تعاقد كافر مع آخر ليصنع له التماثيل والأوثان، ثم أسلم أحدهما قبل التقابض بطل العقد؛ لأن الإسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يُجعل في الحكم كالمقارن للعقد.

محمد عمر محمد شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٣٢٧.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٦٢، مطالب أولي النهى ٥/٣٠٠.

رقم القاعدة: ٩٨٠

نص القاعدة: حُقُوقُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- حقوق العقد راجعة إلى العاقد[٢].

٢- حقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين[٣].

٣- حقوق العقد إنما تعود إلى العاقد[٤].

٤- حقوق العقد مقتصرة على العاقد[٥].

٥- حقوق العقد تكون إلى العاقد[٦].

٦- العاقد في حقوق العقد مستبد به[٧].

---

(١) التجريد للقدوري ٣١٢١/٦، شرح السير الكبير للسرخسي ١٣٨٨/٤، المبسوط له ٤٧١/١١، و٦٠/١٤، تكملة البحر الرائق للطوري ١٦٥/٨.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٩/٥، مجلة الأحكام للأتاسي ٤٩٤/٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢٢٤/٢. وبنحوه في بدائع الصنائع للكاساني ١٣٦/٣، فتاوى قاضيخان ١٩٨/٣، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٤٦/٧، تكملة البحر الرائق للطوري ١٢٠/٨.

(٣) التجريد للقدوري ٢٢٨١/٥. وفي لفظ: "حقوق العقد متعلقة بالعاقد" الفروق للكرابيسي ٤١/٢، ٥٤.

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٣٠١/٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٢/٢.

(٦) وتتمتها: "استيفاءً وإسقاطًا" الذخيرة لابن مازه ٣٤٠/١ (مخطوط).

(٧) وتتمتها: "وإن كان قد عقده لغيره" المبسوط ١٢٠/١٣.

قواعد ذات علاقة :

١- الحكم يثبت لمن باشر سببه[١]. (أعم).

٢- العقود لا تترتب عليها أحكامها إلا بمباشرة المتعاقدين لها على وجه معتبر شرعًا[٢]. (تعليل).

٣- حقوق العقد في البيع والشراء إنما تتعلق بالعاقد[٣]. (أخص).

٤- حقوق العقد تتعلق بالوكيل[٤]. (أخص).

٥- حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال[٥]. (أخص).

٦- حقوق النكاح لا تتعلق بالعاقد وإنما تتعلق بالمعقود عليه[٦]. (استثناء).

٧- حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له[٧]. (استثناء).

شرح القاعدة :

حقوق العقد هي الحقوق المترتبة على العقد، أو بعبارة أخرى: «هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب أو بسبب خيار الشرط أو الرؤية، وضمان رد الثمن، إذ استحق المبيع مثلا»[٨].

---

(١) المبسوط ١٢/٥٩.
(٢) الإعلام لأحمد أبي الوفا ١/٢٣٧.
(٣) المبسوط للسرخسي ٧/٨٠.
(٤) المغني لابن قدامة ٥/٨٢.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٩٠.
(٦) وبلفظ آخر: "حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد في النكاح" بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٣٦.
(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٧٥.
(٨) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٥١٦. وانظر: المبسوط للسرخسي ١١/٢٠٣.

وحكم العقد : ثبوت أثره بثبوت سببه[١] أو بعبارة أخرى: «هو الغرض والغاية منه. ويراد به هنا الأثر الذي يترتب على العقد شرعًا. ففي عقد البيع يكون الحكم: هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع، وفي عقد الإجارة: الحكم هو تملك المستأجر المنفعة، واستحقاق الأجرة للمؤجر»[٢]. وبهذا يتبين أن حق العقد يغاير حكمه؛ حيث إن حكم العقد يتعلق بالمالك، أما حقه فيتعلق بالعاقد، مالكًا كان أو وكيلا ونائبًا عنه، وهو موضوع هذه القاعدة.

ومعنى القاعدة : أن حقوق العقد من إيفاء المعقود عليه واستيفائه، والرد بالعيب، والخصومة فيما يترتب على العقد، ونحو ذلك من الأمور - إنما تتعلق بمن باشر العقد على الوجه المعتبر شرعًا، وهو المخاطب بتنفيذه إيفاءً واستيفاءً[٣]، سواء أكان مالكًا أو كان يتصرف عن غيره بحكم الوكالة، فلو باع شخص ملك غيره بمقتضى نيابة شرعية أو اتفاقية ثم طالب المشتري بالثمن، فقال له: لا تستحق المطالبة وإنما يستحقها المالك لم يلتفت إلى قوله[٤].

ومجال إعمال هذه القاعدة إنما هو العقود التي لا تلزم إضافتها للمعقود له عند العقد، أي أن كل عقد جاز أن يضيفه الوكيل إلى نفسه مثل البيع والإجارة وغيرهما، فحقوقه تتعلق بالعاقد، مالكًا كان أو غيره، بشرط أن لا يضيفه إلى المالك، فإن أضافه إلى المالك تعلقت حقوق العقد به ويكون العاقد مجرد سفير.

لكن إذا كان العقد من العقود التي يلزم أن يضيفها العاقد إلى المعقود

---

(١) انظر: المبسوط ٥/٨.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥١٥/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٥/٤، فتاوى قاضيخان ١٩٨/٣، حاشية الشلبي ١٧٨/٧، حاشية الطحطاوي ١٣٧/٣، ١٣٨، الذخيرة البرهانية لابن مازه ٢٦/٨، شرائع الإسلام للحلي ١٦٤/٢.

(٤) انظر معنى هذا: شرائع الإسلام ١٥٧/٢.

له، ولا يجوز له إضافتها إلى نفسه، فإن أضافها إلى نفسه وقع العقد له لا للمعقود له - مثل الزواج والطلاق والخلع، والعقود العينية أي التي لا تتم إلا بالقبض وهي خمسة: الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن - فحقوق العقد في هذه العقود ترجع إلى المالك، وليس للنائب والوكيل منها شيء أصلا؛ لأنه في هذه التصرفات يكون سفيرًا ومعبرًا محضًا عن الموكل[١].

والعاقد إذا كان هو المالك فلا خلاف بين الفقهاء في أن حقوق العقد تتعلق به، لكن إن كان العاقد غير المالك، بل من ينوب عنه فقال الحنفية ومن وافقهم إن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، كما نطقت به هذه القاعدة[٢]، خلافًا للشافعية والحنابلة والإمامية ومن وافقهم، الذين قالوا: إن حقوق العقد تتعلق بالمالك[٣]، والله تعالى أعلم.

أدلة القاعدة:

١- عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ اشترى من أعرابي بعيرًا إلى أجل، فلما حل الأجل جاءه يتقاضاه فقال: «جئتنا وما عندنا شيء، ولكن أقم حتى تأتي الصدقة...» الحديث[٤].

---

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي٤/٥١٦، ٥١٧، وراجع أيضًا: المبسوط السرخسي ٣٠/١٨٥، شرح أدب القاضي لابن مازه ٤/١٣٥، بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٣٦، لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٦٠، غمز عيون البصائر للحموي ١/٣٦٦، حاشية ابن عابدين ٣/١٠٠، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٣٣٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٢٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٥٣٧.

(٢) قال القدوري في معرض مناقشته لمذهب الشافعية في إحدى المسائل: "حقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين عندنا" التجريد ٥/٢٢٨١. وقال السرخسي: "حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل العاقد؛ لأن العاقد سبب في العقد فيضاف الحكم إليه. وعند الشافعي رحمه الله: إن حقوق العقد تتعلق بالموكل" المبسوط ١٢/٢٠٣.

(٣) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ١/٤٥٥، المغني لابن قدامة ٥/١٣، ١٤، ٥/٨٢، قواعد ابن رجب ص ٢٢٥، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٨، إيثار الإنصاف لسبط ابن العجمي ص٣١٦، ٣١٧. جامع المقاصد للكركي ٦/٢٥٨.

(٤) رواه أحمد ٤٣/٣٣٧ – ٣٣٩ (٢٦٣١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٣٤ (١١٠٩٥).

قال الجصاص: «قوله: «أقم حتى تأتي الصدقة» يدل على أن النبي ﷺ إنما اشترى البعير للصدقة لا لنفسه؛ لأنه لو كان اشتراه لنفسه لم يكن ليقضيه من إبل الصدقة؛ لأنه لم يكن تحل له الصدقة، فهذا يدل على أن من اشترى لغيره يلزمه ثمن ما اشترى، وأن حقوق العقد متعلقة به دون المشترى له؛ لأن النبي ﷺ لم يمنعه اقتضاءه ومطالبته به»[1]، ويقاس على عقد البيع غيره من العقود.

٢- حديث حكيم بن حزام: «أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته ».

فالنبي ﷺ «إنما وكله بالشراء ولم يوكله بالقبض ولو لم يرجع الحقوق إليه لكان القبض حرامًا وقد أجاز النبي ﷺ فعله»[2].

٣- لأن العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الأصلية وكان هو سبب العقد، فتتعلق حقوقه به؛ حيث إن الحكم يثبت باعتبار سببه، فإذا كان هو العاقد حقيقة وحكما فإن حقوق العقد تتعلق به؛ كما لو باشر العقد لنفسه[3].

٤- قاعدة: «الحكم يثبت لمن باشر سببه»؛ لكونها أعم من القاعدة التي بين أيدينا، ولا يخفى أن دليل الأصل دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا استناب شخص غيره لشراء سلعة ما، فليس للبائع حقٌّ في مطالبة المستنيب بالثمن، لأن المستنيب ليس طرفًا في عقد البيع[4]،

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٠٠.

(٢) إيثار الإنصاف لسبط ابن الجوزي ص ٣١٧.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٢٠٢، ٢٠٣.

(٤) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٢٤٣.

وحقوق العقد إنما تتعلق بالعاقدين.

٢- إذا حلف لا يبيع ثوبًا أو لا يشتريه فاستناب غيره لشرائه لم يحنث في يمينه عند عامة الفقهاء؛ لأنه نفى عقدًا لا يضاف إليه ولا تتعلق حقوقه به، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا تتعلق بمن وقع العقد له[(١)].

٣- يؤمر المضارب وكذا الوكيل أن يوكل المالك باقتضاء الديون؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيله، فيؤمر بذلك كيلا يضيع حقه[(٢)].

٤- إذا اشترى أحد الشريكين مالا فقبضه على تأدية ثمنه يكون لازمًا عليه وحده، ولا يطالب به شريكه؛ لأن حقوق العقد إنما تعود على العاقد[(٣)].

٥- المرهون المبيع إذا استحق وكان قائما في يد المشتري، فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع[(٤)].

٦- ما اشتراه أحد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب، وكذلك ما باعه أحدهما لا يرد بالعيب على الآخر؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد[(٥)].

---

(١) انظر: الفروق للكرابيسي ١/ ٢٧١.

(٢) انظر: شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٤/ ٣٦١.

(٣) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/ ٣٠١.

(٤) انظر: حاشية الشلبي ٧/ ١٤٦.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/ ١٧٥، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/ ٤٣٢.

٧- إذا وهب أحد الشركاء شيئًا من مال الشركة لآخر، فإن هذه الهبة لا تنفذ في حصص بقية الشركاء؛ لأن حقوق العقد إنما تعود على العاقد لا على غيره[١].

٨- الوكيل بالبيع إذا وهب الثمن من المشتري أو أبرأه أو حط منه فإنه يجوز ويضمن الوكيل كل الثمن لموكله في الحال؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد[٢].

٩- لو أن فضوليًّا باع شيئًا لغيره، فأجازه المالك، كان هو المطالب بتسليم المبيع، وقبض الثمن، ونحو ذلك من حقوق العقد، بناءً على مقتضى هذه القاعدة[٣].

١٠- من باع بدراهم ثم قبض عنها دنانير صح، فإذا استحق المبيع رجع بالدنانير المدفوعة؛ إذ بطل عقد الصرف ببطلان أصله، وإذا استحق وقد أحال البائع بالثمن رجع به على البائع؛ إذ حقوق العقد متعلقة به لا المستحيل[٤].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٩٩.

(٢) وعند أبي يوسف من الحنفية: لا يجوز، إذ لا ملك له، والمالك لم يأمره بما فعل. انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ص ٤٩٤.

(٣) انظر: العناية ٩/٣٦٥، فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٠٢.

(٤) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٧٢.



رقم القاعدة: ٩٨١

نص القاعدة: هَلْ يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَي الحُكْمِ؟[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- من جمع بين عقدين مختلفي الحكم ففي قول يصحان وفي قول يبطلان[(٢)].

٢- لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده[(٣)].

٣- كل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد[(٤)].

قواعد ذات علاقة:

١- العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟[(٥)]. (أعم).

---

(١) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٠٨، نقلا عن قواعد الإمام المقري (القاعدة: ٨٥٨)، بتصرف يسير والنص الأصلي: "اختلفوا في جواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم".

(٢) روضة الطالبين للنووي ١٢/٢١٦.

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢/٣٤٢.

(٤) الفروق للقرافي (الفرق: ١٥٦) ٣/٢٦١.

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي ص٢٦٢، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٠٧، وبلفظ: اختلف المالكية في كون تعدد المعقود كتعدد العقد فكأنهما عقدان مفترقان أولا؟ شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٠٧ نقلا عن الإمام المقري (القاعدة: ٨٥٨)، وبلفظ: "العقدة تتعدد بتعدد المعقود عليه" شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٣٧.

٢- العقد الواحد إذا بطل بعضه بطل كله[١]. (قسيمة).

شرح القاعدة :

تعبر هذه القاعدة عن واحد من قسمي متعلقات قاعدة: «العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟» المقررة لاختلاف الفقهاء في العقد إذا تعدد موضوعه هل يعتبر حينئذ عقدًا واحدًا أو يعامل كما لو كان عقودًا متعددة بتعدد المعقود عليه؟.

فقد وزع الفقهاء متعلقات تلك القاعدة إلى قسمين:

١- قسم يكون فيه المعقود عليه شيئين أحدهما حلال والآخر حرام وهو ما يعرف بمسألة تفريق الصفقة. وقد توسع الفقهاء في هذا المفهوم حتى شمل كل مسألة اقترن فيها حلال وحرام ولو لم تكن من باب العقود. والوجه الخاص بالعقود من هذا القسم هو موضوع قاعدة: «العقد الواحد إذا بطل بعضه بطل كله».

٢- قسم يقترن فيه عقدان مختلفان: واختلفوا هل تجوز تلك المقارنة على القول بجواز تعدد العقد بتعدد المعقود عليه أم لا؛ جريًا على شطر القاعدة الآخر. وهذا القسم هو موضوع القاعدة التي بين أيدينا. فهي مقررة لاختلاف الفقهاء في صحة العقدين المختلفين إذا اقترنا في صفقة واحدة.

والمراد باختلاف العقدين فيها، كما يقول الرملي، اختلافهما في شروط الانعقاد وأسباب الفسخ والانفساخ[٢].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/١١٨، والمحلى لابن حزم ٦/٤٢٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) حاشية الرملي ٢/٤٥.

والخلاف في القاعدة قوي واقع بين الفقهاء داخل المذاهب الفقهية المختلفة مع انقسامهم تبعًا لترجيح هذا الشطر أو ذلك إلى فريقين:

١- المرجحون لشطرها القاضي بجواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم:

ويضم هذا الفريق الحنابلة والشافعية، ويعبر عن مذهبيهما النصان التاليان:

يقول ابن قدامة: «وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الإجارة ... صح العقد فيهما... وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر أنه لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي؛ لأن حكمهما مختلف فإن المبيع يضمن بمجرد البيع، والإجارة بخلافه. والأول أصح»[١].

ويقول النووي في المنهاج: «ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم كإجارة وبيع أو سلم - صحا في الأظهر، ويوزع المسمى على قيمتهما أو بيع ونكاح صح النكاح، وفي البيع والصداق القولان»[٢].

ورأي الإمامية قريب من الراجح من مذهب الشافعية. يقول الحلي: «ولو جمع بين شيئين مختلفين، في عقد واحد، بثمن واحد، كبيع وسلف، أو إجارة وبيع، أو نكاح وإجارة، صح، ويقسط العوض على: قيمة المبيع، وأجرة المثل، ومهر المثل»[٣].

٢- المرجحون لشطرها القاضي بعدم جواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم:

وعلى رأس هؤلاء المالكية، ويعبر عن مذهبهم الإمام القرافي في مبحث

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٦٢.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ٢/٣٩٩ (والنص من المتن).

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال للحلي ٢/٢٩.

في فروقه ترجم له بقوله: «الفرق بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع وقاعدة ما لا يجوز اجتماعه معه»[١].

يقول القرافي: «... والسر في الفرق أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد»[٢]. وإعمالا لهذا الضابط بين القرافي وجه ترجيح المالكية عدم جواز اقتران بعض العقود بالبيع على المشهور من مذهبهم في ستة عقود هي: الجعالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح والقراض.

فالجعالة تنافي البيع للزوم الجهالة فيها:

ولا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكايسة في العوض الـمُعَوَّض بالمسامحة في النكاح والمشاحة في البيع.

والصرف مبني على التشديد وامتناع الخيار والتأخير وأمور كثيرة لا تشترط في البيع فضاد البيع.

والمساقاة والقراض فيهما الغرر والجهالة كالجعالة وذلك مضاد للبيع.

والشركة فيها صرف أحد النقدين بالآخر من غير قبض فهو صرف غير ناجز وفيها مخالفة الأصل والبيع على وفق الأصول فهما متضادان.

وزاد الشيخ ميارة القرض وعمم جريان ضابط جواز اقتران العقود فقال: «كما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه السبع بزيادة القرض فكذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد لافتراق أحكامها»[٣].

---

(١) الفروق للقرافي (الفرق: ١٥٦) ٣/٢٦١.

(٢) الفروق للقرافي (الفرق: ١٥٦) ٣/٢٦١.

(٣) قال رحمه الله: وقد قلت في ذلك:

عقود منعنـــا اثنين منها بعقدة ... لكـون معانيهـا مــعا تتفــرق
فجعل وصرف والمساقاة شركة ... نكاح قراض قرضُ بيعٍ محقق

=

وإنما وضع المالكية هذا الضابط استدلالا منهم لمشهور مذهبهم وهو قول ابن القاسم القاضي بعدم جواز اقتران اثنين من هذه العقود الثمانية (بإضافة البيع)، خلافًا لأشهب القائل إن الجمع بين اثنين منها جائز.

وحصر الشيخ المالكي صور الاقتران بين اثنين من هذه العقود في قوله: «ويكون حاصل الصور العقلية أربعًا وستين من ضرب ثمانية في مثلها المكرر منها ست وثلاثون والباقي ثمان وعشرون لأنك تأخذ كل واحد مع ما بعده يبلغ ذلك العدد فليفهم»[1]. وهذه عبارة في غاية الإيجاز ولكنها أيضًا في غاية الإحاطة؛ ويتضح ذلك بترجمتها بالجدول التالي:

القرض	الشركة	القراض	المساقاة	الصرف	النكاح	الجعالة	البيع	
الصورة ٧	**الصورة ٦**	**الصورة ٥**	**الصورة ٤**	**الصورة ٣**	**الصورة ٢**	**الصورة ١**	تكرار	البيع
الصورة ١٣	**الصورة ١٢**	**الصورة ١١**	**الصورة ١٠**	**الصورة ٩**	**الصورة ٨**	تكرار	تكرار	الجعالة
الصورة ١٨	**الصورة ١٧**	**الصورة ١٦**	**الصورة ١٥**	**الصورة ١٤**	تكرار	تكرار	تكرار	النكاح
الصورة ٢٢	**الصورة ٢١**	**الصورة ٢٠**	**الصورة ١٩**	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	الصرف
الصورة ٢٥	**الصورة ٢٤**	**الصورة ٢٣**	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	المساقاة
الصورة ٢٧	**الصورة ٢٦**	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	القراض
الصورة ٢٨	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	الشركة
تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	تكرار	القرض

= وباء "بعقدة" ظرفية و"قرض" بغير تنوين وحذف العاطف للوزن "ومعًا" بمعنى جميعًا.
انظر: شرح ميارة لتحفة الحكام ١/٢٨٢، ٢٨٣.

(١) إدرار الشروق لابن الشاط (مطبوع على هامش فروق القرافي) ٣/٢٦٢.

ونقل السجلماسي عن المتيطي زيادة الإقالة من الطعام[١]، فتكون العقود التي لا يجوز اجتماع كل واحد منها مع الآخر - على المشهور عند المالكية - تسعة، والصور العقلية إذن إحدى وثمانون وغير المكرر منها ست وأربعون.

وأما الحنفية فالذي يظهر أن الجاري على القياس عندهم منع الجمع بين عقدين في صفقة واحدة وإن جوزوا بعض صوره استحسانًا[٢]. مع اشتراطهم في جواز اقتران العقدين إمكان صحة كل منهما منفردًا؛ يقول الإمام السرخسي: «... رجل أعطى لرجل درهمًا فقال: أعطني بنصفه كذا فلسًا وأعطني بنصفه درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم فهو جائز؛ لأنه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالإنفراد»[٣]، هما عقد الصرف وعقد البيع. ولابن قيم الجوزية صيغة أخرى للقاعدة مصرحة بهذا الرأي ونصها: «لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده»[٤].

والجمع بين عقدين مختلفي الحكم داخل في أنواع ما يعرف عند الفقهاء المعاصرين بالعقود المركبة[٥]. وقد رجح بعضهم صحة اجتماع عقدين في عقد وقيدوها ببعض الشروط. وخرجوا عليها جواز بعض صور العقود المعاصرة: كالإيجار المنتهي بالتمليك، وعقد المشاركة المتناقصة على ما هو مبين في تطبيقات القاعدة.

وجاء في قرارات الندوة الفقهية الخامسة التي أقامها بيت التمويل الكويتي الآتي: «يجوز اجتماع العقود المتعددة في عقد واحد، سواء أكانت هذه العقود متفقة الأحكام أم مختلفة الأحكام، طالما استوفى كل عقد منها أركانه وشرائطه

---

(١) انظر: شرح المنهج المنتخب للسجلماسي، مخطوط ص ١٤٧ من النسخة الألكترونية.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ٤٩/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ٤٦/١٤.

(٤) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣٤٢/٢.

(٥) انظر: العقود المالية المركبة للدكتور عبد الله العمراني ص٦٤.

الشرعية، وسواء أكانت هذه العقود من العقود الجائزة أم من العقود اللازمة، أم منهما معا، وذلك بشرط ألا يكون الشرع قد نهى عن هذا الاجتماع، وألا يترتب على اجتماعها توسل إلى ما هو محرم شرعًا»[١].

ومجال تطبيق هذه القاعدة واسع يشمل كافة صور اقتران العقود المختلفة في المعاملات.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة القائلين بجواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم :

لجواز كل واحد منهما على الانفراد فجاز مع الاجتماع[٢].

ثانيًا : أدلة القائلين بعدم جواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم :

لأن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد[٣].

تنبيه : ورد الاستدلال لبعض فروع هذا الشطر من القاعدة[٤] بحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن صفقتين في صفقة[٥]؛ حملا له على

---

(١) بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي: المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٣)، ٢/٥٦٨.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٢٠.

(٣) الفروق للقرافي (الفرق: ١٥٦) ٣/٢٦١.

(٤) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣٥، شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ٦/٤٤٦ فقد استدلا به للقول بعدم جواز الجمع بين البيع والإجارة.

(٥) رواه أحمد ٦/٣٢٤ (٣٧٨٣)، والطبراني في الأوسط ٢/١٦٩ (١٦١٠)، والبزار في مسنده ٥/٣٨٤، والشاشي في مسنده ١/٣٢٤ (٢٩١)، كلهم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

إطلاقه، خلافًا لما شرحه به سماك بن حرب راويه عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن مسعود، عن أبيه، بقوله: «الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا وبنقد بكذا وكذا»[١]. وذهب ابن القيم إلى حصر معناه في صورة واحدة فقال: «أن يقول أبيعكها بمائة إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال أحد المتعاقدين: بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف صح العقد فيهما لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين. وقيل: لا يصح؛ لأن فيه الجمع بين عقدين حكمهما مختلف هما البيع والإجارة[٣]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٢- من باع سيفًا مُحلى بالذهب - بفضة صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين، وقيل: لا يصح؛ لأن فيه الجمع بين عقدين حكمهما مختلف هما البيع والصرف[٤]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

---

(١) رواه أحمد ٦/٣٢٤ (٣٧٨٣).

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٩/٢٤٧، وانظر: التاج المذهب لأحكام المذهب لأحمد المرتضى ٢/٣٧١، وعبارته: "ومثال بيعتين في بيع: أن يقول: بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا".

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٦٢.

(٤) انظر: المنتقى في شرح الموطأ للباجي ٤/٢٧٠، المغني لابن قدامة ٤/١٦٢، وكذا لو قال البائع: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين. وقيل: لا يصح؛ لأن فيه الجمع بين عقدين حكمهما مختلف هما البيع والصرف، مواهب الجليل للحطاب ٤/٣١٧، والظاهر من كلام=

٣- إذا قال أبو المرأة للزوج: زوجتك ابنتي وبعتك دارها بألف - صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين. وقيل: لا يصح؛ لأنه جمع بين عقدين حكمهما مختلف[١]، هما البيع والنكاح. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٤- من اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قياسًا؛ لأن فيه اجتماع بيع وإجارة، وجائز استحسانًا[٢]، والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٥- من اشترى ثوبًا بمبلغ معلوم - على أن يخيطه البائع- بعضه في مقابلة الثوب- وذلك بيع- وبعضه في مقابلة الخياطة- وذلك إجارة- فالبيع فاسد؛ لأنه يصير صفقتين في صفقة[٣]، وقيل يصح بشرط: شروعه في العمل أي الخياطة، وضرب أجل الإجارة، ومعرفة وجه خروجه رديئًا أو جيدًا، بأن كان الرجل متقنًا في صنعته فيخرج جيدًا، أو لا فيخرج رديئًا. عين عامله أم لا، أو إمكان إعادته إذا لم يعرف وجه خروجه[٤]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٦- إذا قال البائع: بعتك ثوبي ومائة صاع حنطة سلمًا بمبلغ مالي معين، فقد جمعت الصفقة بين بيع وسلم، وفيها قولان مشهوران: أصحهما صحة العقد فيهما، ويقسط العوض عليهما بالقيمة. والثاني: يبطل

= صاحب شرح النيل أن الإباضية لا يجيزون كذلك الجمع بين الصرف والبيع، انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٣/٦٥٣.

(١) وشهر الحنابلة الصحة، انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٦٢، وبجواز العقدين جزم الشوكاني، انظر: البحر الزخار للشوكاني ٤/٣٢٦.

(٢) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/٤٩.

(٣) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٤/٤٤٦.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤/٥.

فيهما[١]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٧- إذا قال المؤجر: أجرتك داري سنة وبعتك مائة صاع سلمًا بمائة فقد جمعت الصفقة بين الإجارة والسلم، وفيها قولان مشهوران: أصحهما صحة العقد فيهما، ويقسط العوض عليهما بالقيمة. والثاني: يبطل فيهما[٢]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

ومن التطبيقات المعاصرة لشطر القاعدة القاضي بجواز تعدد العقد بتعدد المعقود عليه:

١- القول بصحة الشركة المتناقصة وهي شركة مستجدة تنتهي بتمليك الشريك بطريق البيع كالإجارة المنتهية بالتمليك بطريقة الإجارة. يقول الدكتور عجيل جاسم النشمي في الاستدلال لصحتها: «وهي شركة صحيحة وإن جمعت بين الشركة، وهي عقد غير لازم على رأي الجمهور، والبيع وهو عقد لازم لخروج ذلك من النهي عن اجتماع عقدين في عقد كعقد بيع وسلف، أو بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة، كما لا يظهر من اجتماعهما توسل للربا، ولا تضاد بين الشركة والبيع حتى يمنع كما هو مذهب المالكية الذين منعوا اجتماع البيع مع الجعالة، والصرف أو المساقاة، أو الشركة، أو النكاح، أو القرض أو القراض»[٣].

---

(١) انظر: المجموع للنووي ٩/ ٣٧٢.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/ ٣٧٢.

(٣) المشاركة المتناقصة: شركة يعطي فيها أحد الشركاء الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية نصيبه دفعة واحدة أو على دفعات، وذلك بتجنيب جزء من الدخل لسداد أصل حصة الشريك مع حصة من صافي الدخل، حسبما يتفقان عليه. انظر: المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للأستاذ الدكتور عجيل جاسم النشمي مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٣)، ٢/ ٥٦٨.

٢- الإجارة المنتهية بالتمليك: فقد جعل مجمع الفقه الإسلامي من ضوابط منعها في قراره بشأن مشروعيتها: «أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد»[١]. والمنع على هذا الوجه جارٍ على شطر القاعدة الثاني القاضي بعدم جواز اجتماع عقدين مختلفين في صفقة واحدة.

بينما ذهب بعض الباحثين إلى أن القول بجواز الجمع بين البيع والإجارة أقوى. يقول الدكتور محمد الروكي: «مذهب الجواز أقوى من مذهب المنع من جهة الاستدلال؛ لأن البيع بمفرده مشروع، والإجارة بمفردها مشروعة، فالجمع بينهما جمع بين مشروعين، ولأن العقد الجامع بينهما محله واحد هو العين المؤجرة إيجارًا ينتهي بالتمليك، فتباع منفعتها أولا، ثم يباع أصلها ثانيًا»[٢]. وهذا الاستدلال جارٍ على شطر القاعدة الأول.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (العدد ١٢)، ١/ ٦٩٧.

(٢) الإيجار المنتهي بالتمليك (الليزينك) والأدلة الشرعية على إباحته للأستاذ الدكتور محمد الروكي، بحث نشرته جريدة التجديد الإسلامي المغربية في عددها الصادر في ٦/٨/٢٠٠٤.



رقم القاعدة: ٩٨٢

نص القاعدة: كُلُّ عَقْدٍ أُعِيدَ وَجُدِّدَ فَإِنَّ الثَّانِيَ بَاطِلٌ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقد الثاني بعد الأول لغو[(٢)].

٢- الأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل[(٣)].

قواعد ذات علاقة:

١- إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني[(٤)]. (استثناء).

٢- إذا تجدد العقد فالعقد الثاني باطل إذا لم يكن فرق بين العقد الأول والثاني بالقدر والجنس والوصف والثمن[(٥)]. (مقيِّدة).

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٢٠٩، مغيث الحكام لعبد الله السينوي ١/٢٣/مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٣٠. ووردت بلفظ: "كل عقد أعيد وجدد فالثاني باطل" عمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/١٠٨/ب، وبلفظ: "كل عقد جدد وأعيد فالثاني باطل" ذخيرة الناظر للطوري ١/٤٢/أ. وبلفظ: "كل عقد أعيد وجدد فالثاني منهما باطل" التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٢٧٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ٥/٨٧.

(٣) الدر المختار لعلاء الدين الحصكفي ٥/٦٣٦.

(٤) مجلة الأحكام (المادة ١٧٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٢٥.

(٥) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/١٤٧.

٣- كل صلح بعد صلح فالثاني باطل[١]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه إذا وقع تجديد لعقد من العقود بعد أن تم إبرامه وتحققت شروط لزومه لطرفيه، فإن العقد الثاني لا عبرة به فلا ينقض به الأول ولا يحل محله بل يلغو ويعتبر كما لو لم يكن كما تصرح به صيغة القاعدة الأخرى: «العقد الثاني بعد الأول لغو»[٢]. ويبقى العمل بمقتضيات العقد الأول ملزما للطرفين.

وهذه القاعدة لم يصرح باعتبارها - في الذي يظهر - إلا الحنفية حيث جزم ابن نجيم أنها جارية في الصلح والنكاح والوكالة والحوالة وذكر منها علي حيدر في درر الحكام البيع بعد البيع.

ثم إن الحنفية قيدوا إعمالها في كل واحد من العقود التي نصوا على جريانها فيها؛ فقيدوا جريانها في الصلح بعد الصلح بأن يكون الصلح على سبيل الإسقاط فإن كان عن عوض ثم اصطلحا على عوض آخر، فالثاني هو الجائز ويفسخ الأول[٣]؛ لأنه: «إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين فسخه وإقالته برضائهما، وإذا لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمنا إسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه مطلقًا»[٤]، عملا بالقاعدة الفقهية: «الساقط لا يعود».

والصلح المتضمن إسقاط بعض الحقوق حصره في درر الحكام في أربع صور:

---

(١) فتاوى قاضيخان ٢/ ٤٤٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط للسرخسي ٥/ ٨٧.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٩.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/ ٤٩.

١- كون المصالح عنه والمصالح عليه دَينًا متحد الجنس.

٢- حصول الصلح عن دعوى مال معين على مقدار منه والإبراء من دعوى الباقي.

٣- الصلح عن دعوى دَين معجل على إسقاط التعجيل.

٤- الصلح عن الدين بمسكوكات خالصة على مسكوكات مغشوشة يكون قد أسقط حقه عن السكة الخالصة.

واستثنوا من جريانها في النكاح فرعين على خلاف في أحدهما:

١- من زوجه الفضولي امرأة برضاها فوكله بتزويجها منه ثانيًا انتقض الأول.

٢- من تزوج امرأة بألف ثم تزوجها ثانيًا بألفين فالمهر ألفان، وقيل: ألف جريًا على القاعدة.

وأما الحوالة فالذي صححه الحموي في شرحه لهذه القاعدة هو: أنه إذا كان المحال عليه في الثانية غيره في الأولى فإن ذلك «يخرج الحوالة عن كونها من جزئيات القاعدة، إذ المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى البيع الأول بعينه والمشتري الأول بعينه، وكذا الكلام في الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة ووزانه في الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به في الحوالتين معًا، وحينئذ ينبغي أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيدًا للأولى على طبق الكفالة»[1].

وما ذكره الحموي وجيه ولكنه لا يبدو أن ابن نجيم ولا غيره من الحنفية قيدوا جريان القاعدة به في الحوالة بل درج من جاء بعده على عدم استثنائها من القاعدة[2].

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٧٨.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٢٥.

وقيدوها في البيع بعد البيع بعدم تضمن العقد الثاني تبديل الثمن أو زيادته أو نقصه، فإذا وقع شيء من ذلك فإن العقد الثاني يكون صحيحًا وينفسخ العقد الأول. ووضعوا لذلك ضابطًا هو قولهم: «إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني»[(١)]. وتجدر الإشارة إلى أن ابن نجيم ذكر الشراء بعد الشراء في المستثنيات من القاعدة ولكن إثباته هنا مقيدًا - تبعًا لعلي حيدر - أولى.

وهذه القاعدة جارية في أبواب العقود من فقه المعاملات مصرح بإعمالها لدى الحنفية بالقيود المبينة أعلاه.

أدلة القاعدة:

لعدم وجود فائدة في العقد الثاني، وشرط صحة العقد أن تترتب عليه فائدة[(٢)].

تطبيقات القاعدة:

١- من ادعى دَينًا على شخص فأقر به وادعى الإيفاء أو الإبراء فأنكر فصالحه ثم برهن على صلح قبله بطل الثاني؛ إذ الصلح بعد الصلح باطل[(٣)].

٢- من باع سلعة من شخص بمبلغ مالي ثم عاد البائع والمشتري فعقدا البيع ثانية على تلك السلعة بنفس المبلغ المالي فالبيع الثاني غير معتبر، ولا يطرأ خلل على العقد الأول به[(٤)]؛ لأن كل عقد أعيد وجدد فالثاني باطل.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٢٥.

(٢) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/١٤٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٦١.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٢٥.

٣- من كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصًا حوالة صحيحة ثم أحال عليه بها شخصًا آخر، فإن الحوالة الثانية لا تصلح[١]؛ لأن كل عقد أعيد وجدد فالثاني باطل.

٤- إذا تعاقد الزوجان في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول؛ لأن العقد الثاني بعد الأول لغو[٢].

٥- إذا تزوج رجل امرأة بمائة ثم تزوجها ثانيًا بعد يوم بمائة وخمسين لا يلزم إلا المهر الأول فحسب، ولا ينفسخ العقد الأول؛ إذ النكاح لا يحتمل الفسخ[٣]. وكل عقد أُعيد وجدد فالثاني باطل.

٦- من ادعى دارًا فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذي اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبله فالصلح الأول ماض والثاني باطل[٤]؛ لأن كل عقد أُعيد وجدد فالثاني باطل.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) تكملة رد المحتار لابن عابدين ٢/ ٣٧٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ٥/ ٨٧.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٤/ ١٢٦.

(٤) تكملة رد المحتار لابن عابدين ٢/ ١١٧.



رقم القاعدة: ٩٨٣

نص القاعدة: الْعَقْدُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- هل العقد يبطل بالرد أم لا؟[٢].

٢- كل العقود تبطل برد أحد المتعاملين قبل تمام العقد[٣].

٣- الرد يبطل العقد[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- التمليك يرتد بالرد[٥]. (عموم وخصوص وجهي).

٢- التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات[٦]. (تعليل للقاعدة).

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٤١٩، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣/٩٩، حاشية الجمل ٣/٤٥٧، حاشية قليوبي ٣/٢٠، حواشي الشرواني ٥/٤١٨، حاشية إعانة الطالبين للبكري ٣/١٥٣.

(٢) شرح الأزهار لابن مفتاح ٩/١٠٩.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٩/٣٤٩.

(٤) البحر الزخار للمرتضى ٦/٣٣٠.

(٥) العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/١٩١- ٢٤١، الفروق للكرابيسي ٢/٢٤٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ١/٦١٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- ما يتوقّف على الإيجاب والقبول يرتد بالرد[١]. (أخصّ).

٤- يبطل بالرد ما يحتمل النقل من شخص إلى شخص[٢]. (أخص).

٥- لا ولاية لأحد على غيره في إدخال شيء في ملكه بلا رضاه[٣]. (مكملة للقاعدة).

٦- إسقاط الحق لا يرتد بالرد[٤]. (مكملة للقاعدة).

٧- الوكالة ترتد بالرد[٥]. (متفرعة عن القاعدة).

٨- العارية ترتد بالرد[٦]. (متفرعة عن القاعدة).

٩- الوقف يرتد بالرد قبل القبول لا بعده[٧]. (متفرعة عن القاعدة).

شرح القاعدة :

من معاني الرد في اللغة : صرف الشيء ورَجْعُه[٨] والمراد هنا: رفض العقد وعدم قبوله.

ومعنى أن العقد يرتد بالرد : أنه يبطل بعدم القبول.

ومعنى القاعدة : أن العقود تبطل برد أحد المتعاقدَين وعدم قبوله، فلا تترتب عليها آثارها.

---

(١) القواعد للحصني ٤/٦، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٧٣. ووردت بلفظ: "ما تتوقف أحكامه من المعاملات على الصيغة إن توقف على القبول ارتد بالرد" (الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٣٦٢).

(٢) المبسوط للسرخسي ١٨/١٥٨.

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٢/٢٧٠.

(٤) الفروق للكرابيسي ٢/٢٤٥.

(٥) القواعد للحصني ٤/٦، فتاوى السبكي ٢/٨٣.

(٦) نهاية المحتاج للرملي ٥/١٣٠.

(٧) قرة عيون الأخبار لتكملة حاشية رد المحتار لعلاء الدين بن عابدين ٨/٣٢٥.

(٨) انظر: لسان العرب لابن منظور- مادة (ردد) ٣/١٧٢.

وقد اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركن من أركان العقد.[١] لكن هل كل عقد يبطل بالرد؟ هذا هو محل الخلاف في القاعدة، كما أشار إلى ذلك صاحب شرح الأزهار من الزيدية فقال: «هل العقد يبطل بالرد أم لا؟»[٢] وتشير بعض القواعد ذات العلاقة أن هناك من المعاملات والعقود ما يبطل برد أحد أطراف العقد، ومنها ما لا يرتد ولا يبطل برد أحد الأطراف دون رضاء الطرف الآخر. وتفصيل ذلك كما يلي:

١- إذا كان العقد من العقود التي تفتقر إلى الإيجاب والقبول، كالعقود التي فيها مبادلة بين طرفين، فإنه يبطل برد أحد طرفي العقد قبل تمام العقد. فالبيع والإجارة والسلم والصلح والنكاح وغيرها من العقود التي لابد فيها من متعاقدَين، تبطل وترتد برد أحد المتعاقدين قبل تمام العقد. وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء[٣].

٢- إذا كان العقد من العقود التي لا يُشترط فيها القبول باللفظ، فإنه يرتد بالرد في بعض الحالات، كالوكالة، فإنها لا تحتاج إلى القبول باللفظ ويكفي فيها القبول بالفعل، فإذا ردها الوكيل فإنها ترتد وتبطل بالرد. وذلك عند الحنفية والشافعية والزيدية[٤].

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤/٢، منح الجليل للحطاب ٤١٩/٣، ٢٢٨/٤، نهاية المحتاج للرملي ١٢/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢.

(٢) شرح الأزهار لابن مفتاح ١٠٩/٩.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٧٦/٣، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤/٢، منح الجليل للحطاب ٤١٩/٣، ٢٢٨/٤، نهاية المحتاج للرملي ١٢/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢. والإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر من أحد المتعاقدين يوجب به أمرا على نفسه. والقبول عند الفقهاء علامة على الرضا بالشيء في العقود، كالبيع والإجارة ونحو ذلك. انظر: الدر المختار للحصكفي ٦/٤، ٧، ١١، ٣٧٦، حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٤، جواهر الإكليل لعبد السميع الآبي الأزهري ٢/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣، المنثور في القواعد للزركشي ٤٠٥/٢، المغني لابن قدامة ٥٦١/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٣، ١٤١.

(٤) انظر: فتاوى قاضيخان ٣٢٤/١، قواعد الحصني ٦/٤، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣٠٥/٤.

٣- إذا كان العقد من العقود التي يترتب عليها التزام في جانب أحد الطرفين دون الآخر فتتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده، لكنها تحتاج إلى القبول لثبوت الحكم، فإنها ترتد بالرد؛ لأن فيها معنى التمليك، مثل الهبة والصدقة والعارية والعُمرى والعطية والوصية[١]. وفيها خلاف في بعض العقود[٢] أما إذا كان القبول غير متصور في العقد، فلا يرتد بالرد، مثل الوقف على غير معين، كالوقف على المساجد وعلى الفقراء والمساكين، أو الوصية لهم[٣].

٤- إذا كان العقد مما يفتقر إلى الإيجاب ولا يفتقر إلى القبول، وهو الإسقاط المحض الذي ليس فيه معنى التمليك ولا يقابل بعوض، فإنه يترتب عليه زوال الملك أو الحق الذي تعلق به الإسقاط، ولا يرتد بالرد، مثل: الشفعة والحوالة وخيار الشرط. فلو قال الشفيع: أسقطت حقي في الشفعة، سقط، ولا يرتد برد المشتري[٤].

٥- إذا كان العقد مما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظًا، كالهدية والصدقة فإنه يرتد بالرد؛ لأن فيها معنى التمليك[٥].

وللقاعدة علاقة العموم والخصوص الوجهي بقاعدة: «التمليك يرتد بالرد»[٦]؛ فكل منهما أعم من جهة وأخص من جهة أخرى. فعقود التمليكات هي أحد أنواع العقود، وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة، بعوض أو بغير عوض، فما كان منها بعوض فهي عقود المعاوضات، وما كان

(١) انظر: غمز عيون البصائرللحموي ٧٦/٣.

(٢) انظر: تفصيل ذلك في قاعدة "التمليك يرتد بالرد".

(٣) انظر: فتاوى السبكي ٨٢/٢-٨٣.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤، ٥٠، شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٣/٧، المغني لابن قدامة ٦٥٨/٥، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣٠٥/٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٧٨، ٢٧٩.

(٦) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

بغير عوض هي عقود التبرعات. وكذلك التمليك أعم من جهة أنه يكون بعقد كما مرّ، ويكون بغير عقد كالزكاة والصدقة وغيرها.

ومجال العمل بالقاعدة العقود التي تفتقر إلى الإيجاب والقبول، كعقود المعاوضات. وكذلك عقود التبرعات التي يترتب عليها التزام في جانب أحد الطرفين وتحتاج إلى قبول الطرف الآخر لثبوت الحكم. وكذلك بعض العقود التي لا يُشترط فيها القبول باللفظ، ويكتفى فيها بالقبول بالفعل، كالوكالة. وما كان من العقود لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا كالهدية.

ويشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون الرد قبل إبرام العقود وثبات الملك؛ لأن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد(١).

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع شاة مصراة(٢) فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر»(٣). ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخبر أن المشتري إذا لم يقبل المبيع المعيب ورده فإنه يرتد ويبطل العقد.

٢- اتفاق الفقهاء على أن المشتري إذا رد المبيع المعيب بعد علمه بالعيب فإن العقد يبطل ويرد المعيب(٤).

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٤٢٢/٣.

(٢) التصرية: هي ترك البائع حلب الناقة أو غيرها عمدا مدة قبل بيعها، ليوهم المشتري كثرة اللبن. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ٢٤١/٢، حاشية ابن عابدين ٩٩/٤، شرح الزرقاني على موطأ مالك ١٣٣/٥.

(٣) رواه البخاري ٧١/٣ (٢١٥١)، ومسلم ١١٥٨/٣، ١١٥٩ (١٥٢٤).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٩٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢١/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥٦/٢، المغني لابن قدامة ١٤٤/٤. لكن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في وقت الرد، هل هو على الفور أم على التراخي.

٣- الإجماع على أن الصيغة في العقد – وهي الإيجاب والقبول- ركن من أركان العقد[١]، فإذا رد أحد المتعاقدين العقد قبل تمامه فإنه يرتد؛ لعدم اقتران الإيجاب بالقبول، وذلك في العقود التي تدخل في مجال القاعدة.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ردت المرأة أو وليها عقد النكاح قبل تمام العقد فإنه يرتد ولا يترتب عليه شيء[٢].

٢- إذا وكل إنسان رجلا، ولم يفعل الوكيل ما يدل على القبول ورد الوكالة، فإنها ترتد ويبطل عقد الوكالة[٣].

٣- إذا رد المشتـري على البائع السلعة قبل تمام العقد فإن العقد يرتد ولا يترتب عليه شيء[٤]؛ لأن ما يتوقّف على الإيجاب والقبول يرتد بالرّد.

٤- إذا جعل رجل الوصاية لآخر على ولده الصغير ولم يفعل الوصي ما يدل على القبول ورد الوصاية فإنها ترتد؛ لأن ما كان من العقود لا يتوقف على القبول باللفظ ويكفي فيه الفعل إذا رد فإنه يرتد ويبطل بالرد[٥].

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٤، منح الجليل للحطاب ٣/٤١٩، ٤/٢٢٨، نهاية المحتاج للرملي ٣/١٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٤٠.

(٢) انظر: قواعد الحصني ٤/٦، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/٣٠٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠، فتاوى قاضيخان ١/٣٢٤، قواعد الحصني ٤/٦، فتاوى السبكي ٢/٨٢، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/٣٠٥.

(٤) انظر: أشباه السيوطي ص ٢٧٨، منح الجليل للحطاب ٣/٤١٩، شرح الأزهار ٤/٣٠٥.

(٥) انظر: شرح الأزهار ٤/٣٠٥.

٥- إذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بسبب العيب فإنه يرتد برده ويُفسخ العقد[١]؛ لأن الرد يبطل العقد.

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٣١، ٢٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٠٨، مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٣، المغني لابن قدامة ٤/١٥٩.

رقم القاعدة: ٩٨٤

نص القاعدة: العُقُود تُصَانُ عَنِ النِّزَاعِ[(١)].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل في العقود رضى المتعاقدين[(٢)]. (أصل).

٢- كل عقد يفضي إلى المنازعة فهو مظنَّة الفساد[(٣)]. (متفرعة).

٣- المعاوضة يفسد حكمها بالغرر[(٤)]. (متفرعة).

٤- الأصل في عقود المعاوضات أن يعلم العوضان علما يمنع النِّزاع[(٥)]. (متفرعة).

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/١٣٠ وشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٣/٤٦٠ومغني المحتاج للشربيني ٢/٢٦٩.

(٢) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٥٥، وقد وردت عنده بصيغة أخرى: (الأصل في العقود هو التراضي) الفتاوى ٢٩/٦، وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ١/١٥٣، وقد وردت هذه القاعدة عند الفقهاء بصيغ أخرى منها: (كل عقد أوجب النزاع كان فاسدًا)، شرح المجلة للمحاسني ١/١٩٤. كل عقد لا نزاع فيه لا يكون فاسدًا، شرح المجلة للمحاسني ١/١٢٠.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) عقد الإيجار لمذكور ٠/٧٨، وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة" في قسم القواعد الفقهية.

٥- كل ما يحتاج إلى قبضه لا بد أن يكون معلومًا[(١)]. (متفرعة).

٦- كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب إزالتها[(٢)]. (متفرعة).

٧- ابتداء الدَّين بالدَّين ممنوع[(٣)]. (متفرعة).

٨- الجهالة التي تفضي إلى المنازعة تمنع صحة البيع[(٤)]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة عبارة عن أمر ورد في صيغة خبر، والمعنى أن العقود يجب أن تصان عن النزاع إذ النزاع مما منعه الشارع الحكيم وحذر منه، فحرم كل تصرف يفضي إلى الخصومات والمشاحنات.

وأكثر التصرفات مظنة للنزاع والخصومة: عقود المعاوضات التي تكثر فيها المشاحة والحرص على الربح والمنفعة؛ لذلك أعملت هذه القاعدة واعتمد عليها بشكل واسع في عقود المعاوضات خاصة، أما ورودها في عقود التبرعات فنادر[(٥)]؛ لأن الأصل في عقود التبرعات أنها تبرم لأجل المعروف والبر والإحسان وما على المحسنين من سبيل. لذلك بنى الشرع العقود على مبدإ التراضي المذكور في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [جزء من الآية ٢٩ من سورة النساء]؛ وذلك حسمًا للنزاع الذي إذا وقع بين المتعاقدين جرَّ إلى إفساد ذات البين، والعداوة والبغضاء وغير ذلك من المفاسد والشرور مما هو عكس المطلوب شرعا.

---

(١) الاختيار للموصلي ٣/٦.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٢٤، وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٧/٩٤.

(٥) انظر: فقرة التطبيقات من هذه القاعدة.

وصون العقود عن النزاع يعني صونها عما يفضي إليه من الأسباب والوسائل التي نهى الشرع عنها، واعتبر العقود مع وجودها غير صحيحة إلا في حدود ما استثناه من الحالات التي يؤمن فيها النزاع[١]، وهذا المعنى هو ما دلت عليه القاعدة: «كل عقد يفضي إلى المنازعة فهو مظنة الفساد».

والأسباب والوسائل المؤدية إلى النزاع والتي ينبغي صون العقود عنها كثيرة ومتجددة نجملها في الأصول التالية:

١ - الغرر والجهالة الفاحشان :

لقد بين الفقهاء الغرر والجهالة الفاحشين اللذين يمنعان صحة العقود، وجوزوا اليسير منهما؛ لأنه لا يخلو عقد من يسيرهما، فالممنوع ما كان سببًا يفضي إلى النزاع[٢]. قال السيواسي: «لأنها - أي الجهالة - إنما تمنع لإفضائها إلى المنازعة لا لذاتها، ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز[٣] من صبرة[٤] طعام حاضر أو شرائه»[٥]، وقد حرم الله تعالى عقود الغرر والجهالات، صونًا لمال العبد عليه، وصونًا له عن الضياع بمثل هذه العقـود[٦]، ومن هنا قال الفقهاء: (المعاوضة يفسد حكمها بالغرر) و(الجهالة التي تفضي إلى المنازعة تمنع صحة البيع).

---

(١) من هذه المستثنيات الخيار بأنواعه في البيع مع أن الأصل في العقود اللزوم.

(٢) انظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/ ١٥٥، شرح النيل ٨/ ١١٣.

(٣) القَفِيزُ من المكاييل: معروف وهو ثمانية مكاكيك عند أهل العراق، ومن الأرض قدر مائة وأربع وأربعين ذراعًا، وقيل: هو مكيال يتواضع الناس عليه، والجمع أقفزة وقُفزان. لسان العرب لابن منظور ٥/ ٣٩٦ وتاج العروس للزبيدي ١٥/ ٢٨٥.

(٤) الصُّبرة: الطعام المجتمع كالكومة وجمعها (صُبَر) مثل غُرْفَة وغُرَف، وعن ابن دريد: اشتريت الشيء صبرة، أي بلا كيل ولا وزن. انظر: النهاية في غريب الأثر للجزري ٣/ ٩ والمصباح المنير للفيـومـي ١/ ٣٣١.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ١/ ١١.

(٦) الفروق للقرافي ص ٢٥٦.

وقد اتفق الفقهاء على ضرورة العلم بالبدلين وتحديد المقادير وزنًا وكيلا وعدًا، درءً للغرر والجهالة، ودفعًا لاحتمال أن يؤول الأمر إلى المنازعة المخالفة لشرط التراضي الذي هو المناط الشرعي في صحة العقود[(١)] - «ولا يكون التراضي إلا بمعلوم المقدار»[(٢)] - وجميع ذلك مفسدة منفية في الشريعة فلابد من حسم مادتها وسد ذريعتها ودفع ما يفضى إليها[(٣)]، وهو الأمر الذي بينته القاعدتان من ذوات العلاقة: (الأصل في عقود المعاوضات أن يعلم العوضان علما يمنع النِّزاع)، و(كل ما يحتاج إلى قبضه لا بد أن يكون معلومًا).

٢- التعاقد على ما لا يملك :

نهى الشارع المسلم عن بيع ما لا يملك وما ليس عنده، والعلة في المنع عدم قدرته على تسليم المبيع، وشرط جواز العقد القدرة على التسليم فيؤدي عدمها إلى المنازعة. واشترط الفقهاء حصول التسليم والتسلم حتى يتمكن طرفا العقد من التصرف في ملكهما من غير تقييد، ولذلك قالوا: (كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب إزالتها).

٣- مقابلة الدَّين بالدَّين :

منع الشرع العقود المبنية على بيع الكالئ بالكالئ أي الدَّين بالدَّين أو تعمير الذمتين، و(ابتداء الدين بالدين ممنوع)، لأن المعاملة إذا اشتملت على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يفضي لذلك[(٤)].

---

(١) الدراري المضية شرح الدرر البهية للشوكاني ص ٣١٢.
(٢) المحلى لابن حزم ٩/٢٣.
(٣) انظر قاعدة: «عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة» في قسم القواعد الفقهية.
(٤) الذخيرة للقرافي ٥/٢٢٥، شرح النيل ٨/١٢.

٤- الغبن الفاحش :

اشترط في العقود العدل بين المتعاقدين في الحقوق والشروط وغير ذلك من مقتضيات العقد؛ لأن «المساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة»[١]، وهو ما أكدته القاعدة: «مبنى العقود على العدل من الجانبين». وحرم الشَّرع الغش وحدد الفقهاء الغبن والعيب الذي يرد به المعقود عليه وما لا يرد به، وحددوا الضمان وغير ذلك من الشروط والضوابط التي تجعل العقود أمتن صيانة وأبعد ما تكون عن أسباب ودواعي الخصومة والشحناء.

والحاصل أن العقد يعتبر فاسدًا إذا أبرم على وصف يفضي إلى المنازعة والخصومة[٢]. بل إننا نجد الشارع الحكيم قد وضع عقدًا خاصًّا الغاية منه فض النزاع ورفعه إذا ما وقع، وهو عقد الصلح الذي هو: «لغة: قطع المنازعة عن رضى، وشرعًا: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لدفع نزاع أو خوف وقوعه»[٣]. وكلما كان العقد جالبًا لمصالح عظيمة ودارئًا لمفاسد وخيمة، كان مهمًّا، ومن ثم كان الخطر جسيمًا والإضرار بليغًا إذا وقع فيه النزاع وترتب على ذلك انفراط عِقده بالفسخ والفساد والإبطال، لذلك نجد الشارع قد أحاط هذا النوع من العقود بشروط كثيرة واضحة ودقيقة صيانة له وحفظًا، قال القرافي مبينًا علة زيادة الشروط في بيع الطعام: «العلة كون الطعام غذاءً للإنسان وحافظًا لبنيته الشريفة لطاعة الله تعالى وسبب العون على السعادة في الدنيا والآخرة، فكل ما شرف قدره عظمه الله بكثير شروطه، وهذا هو شأن الشرع في كل ما عظم خطره كالنكاح سبب العفاف واستمرار النسل والمكاثرة بهذه الأمة الشريفة، فاشترط الشرع فيه الولي والصداق وغيرهما تفخيما لقدره»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٠.

(٣) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص ٣١٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٣/٦٣٩.

(٤) الذخيرة ٥/١٤٨، وانظر: قريبًا من هـذا المعنـى عند الجويني من قبلُ في كتابه: مقاصد الشريعة ص ٤٧٤ وما بعدها.

وقد اعتُمدت هذه القاعدة عند جل المذاهب الفقهية[(١)].

أدلة القاعدة:

١- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ...﴾ [جزء من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة]، قال ابن عرفة: «الأمر بالكتب مصلحة دنيوية وهي حفظ المال، ومصلحة دينية وهي السلامة من الخصومة بين المتعاملين»[(٢)].

٢- نهى النبي ﷺ عن كثير من البيوع لأنها تؤدي إلى النزاع والخصومة منها: فعن ابن عباس، رضي الله عنهما، قال: «نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة»[(٣)]. قال الشيخ ميارة الفاسي: «المزابنة: المدافعة، من قولهم ناقة زبون إذا منعت من حلابها، ومنه الزبانية لدفعهم الكفرة، فكأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده ويعتقد أنه الغالب»[(٤)]، وقال العبادي: « ولا يجوز بيع المزابنة[(٥)]، والمزابنة: المدافعة من الزبن وهو الدفع، وسُمي هذا بها لأنه يؤدي إلى النزاع والدفاع، وإنما لا يجوز هذا البيع لنهيه عليه الصلاة والسلام عن المزابنة فالمزابنة ما ذكرناه، والمحاقلة: بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا»[(٦)].

٣- من أصول الشريعة إشاعة المحبة بين المسلمين وإزالة كل ما من شأنه أن يخرم هذا الأصل وقد جاءت النصوص الكثيرة في هذا الشأن منها

---

(١) انظر: المصادر المحال عليها في فقرتي الشرح والتطبيقات.

(٢) تفسير ابن عرفة ٧٧٩/٢.

(٣) رواه البخاري ٧٥/٣ (٢١٨٧).

(٤) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام لابن عاصم ٤٨١/١.

(٥) هي بيع الثمر على رؤوس النخل بخرصه تمرًا، انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢٥٧/٢.

(٦) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢٥٧/٢.

ما رواه أبو هريرة، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ «لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا. أولا أدلكم على شيء إذا فعلتموه تحاببتم؟ أفشوا السلام بينكم»(١)، والعقود التي تؤدي إلى النزاع والخصومة تحول دون حصول هذا المقصد الشرعي العظيم والذي فيه سر قوة المؤمنين ووحدتهم حتى قال الله تعالى ممتنًا على نبيه: ﴿وَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَّا أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [الأنفال، الآية: ٦٣]. قال الإمام القرافي معلقًا على هذا الحديث: «قاعدة: وهي أن مطلوب صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفساد والفتن حتى بالغ في ذلك بقوله عليه السلام: «لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا»، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سببًا لكثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يقضي لذلك وهو بيع الدَّين بالدَّين»(٢).

تطبيقات القاعدة:

١- إذا أطلق المُعِير الزراعة - أي الإذن فيها كأعرتك للزراعة أو لتزرع هذه الأرض - لم يصح العقد لتفاوت ضرر المزروع، ولا يقال: يجوز ويقتصر على أخف الأنواع ضررًا؛ لأن المطلقات إنما لم تنزل على الأقل ضررًا لئلا يؤدي إلى النزاع، والعقود تصان عن ذلك(٣).

٢- من شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافًا ولو شاهده المتعاقدان؛ لأنه مجهول فلم

---

(١) رواه مسلم ١/ ٧٤ (٥٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) الفروق للقرافي ٣/ ٤٦٩.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/ ١٣٠ وشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٣/ ٤٦٠.

تصح المضاربة به؛ وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة، ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره، فلم يصح كما لو كان في الكيس[١]، والعقود تصان عن ذلك.

٣- إذا وقع الصلح عن معاوضة دخله خيار الشرط وإن وقع عمَّا في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله؛ لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم[٢]. وبما أن اشتراط الخيار في الصلح سبب من الأسباب التي تجلب النزاع فإنه ممنوع لأن العقود تصان عن ذلك.

٤- إذا اشترى شخص من آخر سلعة سلمًا ولم يدفع له رأس المال، فلا يصح العقد لأنه ابتداء دَين بدَين إذ إن السلعة موصوفة في الذِّمة مؤجلة فهي دَين عند البائع، ورأس المال مؤجل في ذمة المشتري فهو دَين أيضًا، وقد منع الشارع بيع الدَّين بالدَّين لاشتمال هذا العقد على شغل الذمتين فتوجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سببًا لكثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يفضي لذلك[٣]، والعقود تصان عن النزاع.

٥- «يشترط لصحة شركة العنان[٤] أن يشترطا لكل من الشريكين جزءًا من الربح مشاعًا معلومًا كالثلث والربع؛ لأن الربح مشترك بينهما، فلا

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٤٣-٤٤، شرح النيل لأطفيش ١٠/٣١٢.

(٢) انظر: منهاج الفقاهة للروحاني ٥/٣٩٠.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٤٦٩ والشرح الكبير للدردير ٣/٦٣.

(٤) شركة العنان: أن يخرج كل واحد منهما مالا مثل مال صاحبه ويخلطاه فلا يتميز، ويإذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين والخسران كذلك، فهذه أصح الشرك. الحاوي الكبير للماوردي ٦/٤٧٣.

يتميز نصيب كل منهما إلا بالاشتراط والتحديد، فلو كان نصيب كل منهما من الربح مجهولا، أو شرط لأحدهما ربح شيء معين من المال، أو ربح وقت معين، أو ربح سفرة معينة، لم يصح في جميع هذه الصور، لأنه قد يربح المعين وحده، وقد لا يربح، وقد لا يحصل غير الدراهم المعينة، وذلك يفضي إلى النزاع وضياع تعب أحدهما دون الآخر، وذلك مما تنهى عنه الشريعة السمحة؛ لأنها جاءت بدفع الغرر والضرر»[1]، والعقود تصان عن النزاع.

٦- عقد السلم في العسل لابد أن يبين في وصفه كونه جبليًّا أو بلديًّا؛ لأن الجبلي أطيب وأنه صيفي. أو خريفي؛ لأن الخريفي أجود، وهل هو أبيض أو أصفر. ولا يشترط ذكر العتاقة والحداثة؛ لأنه لا غرض مقصود فيه، ولا بد من بيان قوته ورقته. وإذا أطلق العسل حمل على عسل النحل إذا لم يغلب استعمال عسل القصب في ناحية فإن غلب فالمعتبر عرف تلك الناحية وقد شاهدت ذلك في ناحية فكانوا إذا أطلقوا العسل لا يعرفون غير عسل القصب، فإما أن يحمل العقد عليه في تلك الناحية وإلا فلا بد من البيان لصحة العقد، وإلا فلا يصح؛ لأن الإطلاق يؤدي إلى النزاع لكثرة التفاوت في القيمة بينهما[2]، والعقود تصان عن النزاع.

٧- إذا قال رجل: داري صدقة للمساكين. ولم يقل: لا تباع ولا توهب ونحوهما. فإنها تكون لهم فتباع ويفرَّق ثمنها، ولمتولي التفرقة أن يعطي من شاء ويمنع من شاء، وإنما كانت تباع ولم تبق وتصرف غلتها كل سنة على الفقراء؛ لأن بقاءها يؤدي للنزاع، لأنه قد يكون

---

(١) كتب الفقه للفوزان ٧٢/٨ (من الشاملة)، شرح النيل لأطفيش ٤٠٩/١٠.

(٢) كفاية الأخيار للحصني ٢٥١/١، ٢٥٢.

الحاضر من المساكين في البلد حال الوقف عشرة ثم يزيدون فيؤدي إلى النزاع، بخلاف ما إذا بيعت وفرق ثمنها بالاجتهاد فينقطع النزاع[١]، والعقود تصان عن النزاع.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٨٧.

رقم القاعدة: ٩٨٥

نص القاعدة: العُقُودُ لاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- تعليق العقود بالشروط لا يجوز[٢].

٢- العقود لا تعلق[٣].

٣- العقود لا تتحمَّل التعليق[٤].

٤- لا يجوز تعليق التمليك[٥].

٥- التمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها[٦].

٦- جميع عقود المعاوضات والتبرعات تفسدها الشروط المستقبلة مطلقاً[٧].

---

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي ٥/٣٨.

(٢) الفروق للكرابيسي ١/١٨٤.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٣٨.

(٤) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٢٣٨ (بتصرف) وانظر: القواعد والفوائد لأبي عبدالله العاملي ١/٢٣٧.

(٥) المنثور للزركشي ٣/٣٧٨.

(٦) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٢٧٨.

(٧) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٤٣٨.

٧- التعليق يفسد العقد[١].

قواعد ذات العلاقة :

١- عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق بالشرط[٢]. (أخص).

٢- المعلق لا يقبل التنجيز والمنجَّز لا يقبل التعليق[٣]. (أعم).

٣- الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت فيها بعارض الشرط[٤]. (أعم).

٤- تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل[٥]. (أعم).

٥- التعليق بالشرط مشروع في الإسقاط المحض، أما فيما فيه شبهة التمليك فليس بمشروع[٦]. (مكملة).

٦- التعليق بالموجود تحقُّق[٧]. (مكملة).

شرح القاعدة :

عرَّف الزركشي التعليق من خلال بيان الفرق بينه وبين الشرط فقال: «الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا،

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٤/٨، وأصل العبارة: "التنجيز شرط في عامة العقود إلا ما خرج بالدليل والتعليق يفسد العقد".

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/٤٠.

(٣) درر الحكام للملا خسرو ٤/٢١٨.

(٤) كشف الأسرار للعلاء الدين عبد العزيز البخاري ٢/١٨٨.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الجامع الصغير للشيباني ١/٤٣٧.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني٤/١٢٩، وقد وردت هذه القاعدة عند الأتاسي بصيغة: "التعليق على ما هو كائن لا محالة لغو"شرح المجلة العدلية للمحاسني ٤/٦٣١. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التعليق بشرط كائن تنجيز".

والشرط ما جُزم فيه بالأصل - أي أصل الفعل - وشُرط فيه أمر آخر»[١]. أو إن شئت فقل في الفرق بينهما: «إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بإن أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة»[٢]. فالتعليق بالشرط معناه: منع انعقاد العقد إلا بتحقق الشرط الذي عُلِّق عليه، ومن ثم يدور العقد مع الشرط الذي علق به وجودًا وعدمًا.

ومعنى القاعدة أن عقود التمليكات بنوعيها أي عقود المعاوضات - التي تحتوى على عوض من طرفي العقد[٣] كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال - وعقود التبرعات - التي يكون فيها التمليك من جانب واحد كالهبة والوقف وغيرهما - لا تحتمل ولا تقبل التعليق بالشرط، وذلك بأن يقصد المتعاقدان إيقاع العقد عند حصول الشرط، أو بعبارة أخرى يعلِّقان لزوم العقد ونفاذه على صورة يصاحبها الشرط الذي عُلِّق عليه ذلك العقد وبدونها لا انعقاد ولا لزوم[٤]؛ إذ المراد بالتعليق تعليق لزوم العقد، - «وكثيرًا ما يُعبَّر عن اللزوم بالعقد لارتباطهما وتلازمهما في الغالب خصوصًا في البيع»[٥] - وهذا التصرف مخالف لمقتضى عقود المعاوضات ونقل الملك ومن ثم فهي لا تحتمل التعليق بالشرط - كما جاء في قاعدة: «عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق بالشرط» - لأن مبناها على الجزم والإلزام أو ما اصطلح عليه بعض الفقهاء بالتنجيز، فالأصل في العقود أن تكون ناجزةً لازمةً، أي نافذةً بحيث تترتب عليها آثارها - التي لأجلها أُبرمت - بمجرد موافقة الإيجاب للقبول، وأول هذه الآثار انتقال ملك العوضين بين طرفي العقد، ونقل الملك يستدعي الجزم ولا جزم مع

---

(١) المنثور للزركشي ١/ ٣٧٠.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٤/ ٤١ وشرح القواعد للزرقا ص ٤١٥.

(٣) انظر قاعدة: "الغرر في العقود مانع من الصحة"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية للجنة العلمية في الحوزة الدينية بقم ٣/ ٥٩٠.

(٥) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/ ٤٨.

التعليق[١]؛ إذ «المعلق لا يقبل التنجيز والمنجَّز لا يقبل التعليق»[٢].

و«الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت فيها بعارض الشرط»، ولهذا بيَّن القرافيُّ أن التصرفات في الشريعة على أربعة أقسام هي:

القسم الأول: ما يقبل الشرط والتعليق عليه، كالطلاق ونحوه.

القسم الثاني: ما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه، كالإيمان بالله تعالى والدخول في الدِّين.

القسم الثالث: وما يقبل الشرط دون التعليق عليه، كالبيع والإجارة ونحوهما، فإنه يصح أن يقال: بعتك على أنَّ عليك أن تأتي بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع، ولا يصح التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ولكن الاِعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلُوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد.

القسم الرابع: ما يقبل التعليق على الشرط دون مقارنته، كالصلاة.

فهذه الأقسام الأربعة تدور عليها التصرفات في الشريعة، ويُعلم بذلك أنه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ولا من قبول الشرط قبول التعليق[٣].

والحاصل في هذا المقام أن الفقهاء متفقون عمومًا على أن المعاوضات المحضة والتبرعات لا تقبل التعليق بالشرط لأنها تمليك، غير أنهم يستثنون

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٣/٢٤٢ ومواهب الجليل للحطاب ٤/٧٢.

(٢) درر الحكام للملا خسرو ٤/٢١٨.

(٣) انظر: الفروق للقرافي ١/٣٩٦، ٣٩٧، والمنثور للزركشي ١/٣٧٠.

بعض العقود كالوصية إذا عُلِّقت بشرط الموت فإنها تصح على خلاف القياس(١). وقد اختلفوا في شرط الخيار في البيع، هل هو استثناء من القاعدة بناءً على حديث الصحابي الذي كان يُخدع في البيع فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خلابة(٢)، ولك الخيار ثلاثة أيام»(٣)؛ نظرًا لحاجة الناس إلى التروي والمشورة ودفع الغبن وغير ذلك.

يقول السرخسي: «في الحديث دليلِ جواز البيع مع شرط الخيار، والقياس يأبى ذلك؛ لأن شرط الخيار يعلِّق العقد، وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق، ويبقى مقتضى العقد وهو اللُّزوم وموجبه وهو المِلك، ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس إلى ذلك، فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاِسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه فيحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار، فإذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة ونحوها فشرط الخيار في العقد أولى»(٤). ولذلك قالوا: «التنجيز شرط في عامة العقود إلا ما خرج بالدليل والتعليق يفسد العقد»(٥).

وإذا كان نقل الملك لا يجوز تعليقه فكذلك المنع من استدامة الملك وحق التصرف بالتقييد والحجر - وهو ما يطلق عليه عند الفقهاء (التقييدات)(٦)

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/٤١٥.

(٢) لا خلابة: لا خديعة، أي لا تخلبوني فإنه لا يحل، فإن اطلعتُ على عيب رجعت به. انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٢٤٥، ٢٤٧.

(٣) رواه ابن ماجه ٢/٧٨٩ (٢٣٥٥)، والدارقطني ٤/١٠، ومعرفة الصحابة لأبي نعيم ٥/٢٦١٨(٦٣٠٣).

(٤) المبسوط للسرخسي ١٣/٤١.

(٥) وجه الزركشي جواز شرط الخيار في البيع بأنه من قبيل الشرط في البيع لا من باب التعليق، والبيع يقبل الشرط فيصح البيع بشرط الخيار أو على أن يأتي برهن أو كفيل ونحوه. انظر: المنثور للزركشي ١/٣٧٤.

(٦) التقييدات وضع القيد والمنعُ من التصرف كعزل الوكيل والرجعة؛ وذلك لأن في الوكالة إطلاقًا للوكيل عما كان ممنوعًا عنه من التصرف في مال الموكل، وفي العزل تقييد لذلك الإطلاق، وكذا في الرجعة تقييد للمرأة عما أُطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية. انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٢٤١.

- لا يجوز تعليقه على الشرط والخطر أيضًا، بل الواجب الحسم والجزم في مثل هذه التصرفات؛ لأن «تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل».

وأما الإطلاقات كالطلاق والحوالة والكفالة(١) فعلى العكس من ذلك تقبل التعليق؛ لأنها رفع للقيد وإزالة له، سواء كان القيد حسيًّا أو معنويًّا. فالتوكيل مثلا يحتمل التعليق بالشرط لأنه إطلاق ورفع للقيد، وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه تقييد(٢). وهذا ما عبر عنه بعض الفقهاء بالحلِّ المحض قال الزركشي: «ما كان تمليكًا محضًا لا مدخل للتعليق فيه قطعًا كالبيع، وما كان حلا محضًا يدخله قطعًا، وبين المرتبتين مراتب يجري فيها الخلاف كالفسخ والإبراء؛ لأنهما يشبهان التمليك(٣). ومن الفقهاء من يطلق عليها الإسقاطات المحضة يقول ابن نجيم: «والتعليق بالشروط مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق»(٤)؛ لأن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أي لا تقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدَّين(٥). وهذا معنى القاعدة السادسة من القواعد ذات العلاقة.

ويجدر التنبيه على أمرين لا يضر فيهما تعليق العقود، فهما كالاستثناء من القاعدة:

أولهما: التعليق على شرط كائن، ذلك أن بعض العقود وإن كانت في ظاهرها تعليقًا إلا أنها صحيحة عند الفقهاء ولا عبرة بظاهرها، كأن يُعلَّق العقد بأمر واقع وكائن في الحال والماضي لا بما سيكون فلو قال الدَّائن لمن عليه الدين: إن كان لي عليك دين أبرأتك منه وله عليه دَين صح الإبراء؛ لأنه تعليق

---

(١) انظر: الأشباه لابن نجيم ص ٣٦٧، ٣٦٨، انظر: المبسوط للسرخسي ١٨/٢٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢/٢ - ٢٢/٦.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٧٧/١، المنثور للزركشي ٣٧٧/١.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٦/٧.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٩٢/٨.

بشرط كائن فيكون تنجيزاً[١]؛ لأن «التعليق إنما يكون على مستقبل»[٢]، بمعنى أنه «يكون فيما لم يقع بخلاف ما قد وقع»[٣]، ويكون بأمر معدوم يحتمل الوجود[٤] ولأن الشرط إنما يتعلَّق بالأمور المستقبلة أما الماضية فلا مدخل له فيها[٥]؛ لأن ما دخل في الوجود وتحقق لا يمكن توقيف دخوله في الوجود على غيره، ولأجل ذلك تعذر تعليق الماضي المحقق. وأما الماضي بالتقدير لا بالتحقيق فهذا يصح تعليقه، وتقديره أنه إذا قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار، فقد أخبر عن ارتباط طلاق امرأته بدخول الدار، فيقدر صاحب الشرع هذا الارتباط قبل نطقه به بالزمن الفرد لضرورة تصديقه، وإذا قدر الارتباط قبل النطق صار الإخبار عن الارتباط ماضيًّا؛ لأن حقيقة الماضي هو الذي مخبره قبل خبره وهذا كذلك بالتقدير فيكون ماضيًّا مع التعليق فقد اجتمع المضي والتعليق بهذا التفسير ولم يناف المضي التعليق فتأمله فهو دقيق في باب التقديرات[٦]. وهذا المعنى هو ما بينته قاعدة «التَّعليق بالموجود تحقق».

وثانيهما: التعليق على شرط محال؛ ذلك أن التعليق على أمر مستحيل عادة أو عقلا لا يصح ولا يعتبر؛ لأن المعلق على المستحيل مستحيل[٧]، وقد مثل البهوتي لهذا النوع من التعليق بقوله - ممزوجًا بمتن الإقناع: «(إن علق الطلاق على وجود فعل مستحيل عادة) أي في العادة (أو) علقه على فعل مستحيل (في نفسه) أي لذاته فمثاله (الأول) أي المعلق على مستحيل عادة (كأنتِ طالق إن صعدت السماء أو) إن (شاء الميت أو) إن شاءت (البهيمة

---

(١) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٥٠٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٣/٣١٣.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٥/٣١٢.

(٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢/١٣١.

(٥) المنثور للزركشي ٢/٢٣٢ وانظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ١/٤٠٠.

(٦) انظر: الفروق للقرافي ١/٥٣.

(٧) البحر المحيط لأبي حيان ١/٦٠٧.

أو)...، (و) مثال (الثاني) أي المعلق على مستحيل في نفسه (كأن رددت أمس أو جمعت بين الضدين) فأنت طالق (أو إن كان الواحد أكثر من اثنين أو إن شربت ماء هذا الكوز ولا ماء فيه) فأنت طالق، لم تطلق (كحلفه بالله عليه)؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد، ولأن ما يقصده بتقييده يعلق على المحال»[١].

والقاعدة التي بين أيدينا لها انتشار واسع في كتب الفقه على اختلاف المذاهب نظرًا لتعلُّقها بتصرفات المسلم في مسائل التمليكات والتقييدات، وهذا باب واسع شاسع تعمُّ بمسائله البلوى، لذلك نجد القاعدة معتمدة عند عامة المذاهب الفقهية، لا اختلاف بينهم فيها إلا أن يكون ذلك في بعض الفروع والجزئيات التطبيقية. ومجال تطبيقها كافة أنواع العقود من معاوضات وتبرعات.

أدلة القاعدة:

أولاً: الأدلة النقلية:

١- عمومات النصوص المتعلقة بالعقود الصحيحة، حيث إنها منصرفة عن العقد المعلَّق إلى العقد المنجَّز بديهة، لأن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف والعادة في عهودهم المتعارفة وعقودهم المرسومة بين عامة الناس[٢]. ومن هذه العمومات في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ [المائدة: الآية ١]، ومنها في السنة قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[٣].

٢- عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٥/٢٧٦.

(٢) القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية للجنة العلمية في الحوزة الدينية بقم ٣/٥٩٢.

(٣) قال السخاوي في المقاصد الحسنة: "علقه البخاري جازمًا به فهو صحيح على ما تقرر في علوم الحديث" ١/٦٠٧.

مسلم إلا بطيب نفسه»[١]، قال الزركشي: «ما كان تمليكًا محضًا لا يدخل التعليق فيه قطعًا كالبيع؛ لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»، ولا يتحقق طيب النفس عند الشرط»[٢].

ثانيًا: الأدلة العقلية:

١- مخالفة التعليق لمقتضى عقود المعاوضات ونقل الملك وهو الجزم والإلزام، ويعبر عنه آخرون بالتنجيز؛ إذ لابد أن تترتب على العقد الآثار التي أُبرم لأجلها، من إلزام لطرفيه، ونقل للملك وحق التصرف والانتفاع وما إلى ذلك من لوازم وتبعات، والتعليق مانع من كل ما ذكر، يقول القرافي: «الأصل في الأعواض وجوبها بالعقود فإنها أسبابها، والأصل ترتُّب المسبِّبات على الأسباب كثمن المبيع...»[٣].

٢- تعليق عقود التمليكات بالشروط تعليق بالخطر ومقامرة تؤدي إلى الغرر، والمراد بالخطر هنا المعدوم المترقَّب الوقوع، وإن كان لا بد من وقوعه كالموت ومجيء الغد[٤]. والتمليكات غير الوصية لا تتعلَّق بالخطر[٥]، والإقدام على عقد من هذا النوع لا يجوز، لأن التعليق بالشرط المحض في التمليكات من باب القمار وقد نهي عنه[٦]. فالتعليق في العقود إذًا غرر؛ لأن الغرر هو الخطر[٧]، يقول

---

(١) رواه الدارقطني ٣/ ٤٢٤ (٢٨٨٥).

(٢) المنثور للزركشي ١/ ٣٧٧.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/ ٣٧٨، وانظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/ ٤٨، المنثور للزركشي ١/ ٣٧٤، الحاوي للماوردي ٩/ ٤١٨.

(٤) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٧/ ٢٢٦، ٨/ ٤٩٢.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٢٠٨ وأيضًا الجوهرة النيِّرة لأبي بكر الزَّبيدي (الحدادي) ٣/ ١٧٦.

(٦) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣١.

(٧) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ١/ ٥٣٦، والصحاح للجوهري ٢/ ٧٦٩.

الشيرازي: «لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل - كمجيء الشهر وقدوم الحاج - لأنه بيعُ غرر من غير حاجة فلم يجز»[١]. ويقول ابن قدامة: «لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل - كمجيء المطر وقدوم زيد وطلوع الشمس - لأنه غرر، ولأنه عقد معاوضة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان قوم في سفينة فاحتاجوا إلى أن يخفِّفوها، فنادى بائع الأطعمة في ركَّابها: من طرح شيئًا مما اشتراه منِّي في الماء فهو بريء من ثمنه، أو قال: اطرَحوا ما بعتكم على أنكم بُرآء من الثمن، فهذا باطل وعليهم الثمن له، وكان ينبغي أن لا يجب الثمن هنا؛ لأنه كان مالكًا للإبراء عن الثمن، ولكن نقول: إنه علَّق الإبراء بالشرط، والإبراء لا يحتمل التعليق بالشرط كالعقد[٣]، والعقود لا يجوز تعليقها.

٢- إذا قال أحد: إذا متُّ من مرضي هذا فقد وقفتُ أرضي على كذا فمات لم تصر وقفًا؛ لأن الوقف لا يقبل التعليق بالشرط وله أن يبيعها قبل الموت، بخلاف ما إذا قال: إذا متُّ فاجعلوها وقفًا فإنه يجوز؛ لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه؛ وهذا لأن الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه[٤] والعقود لا يجوز تعليقها.

٣- لو علق الموكِّل الوكالة على شرط أو وصف كما لو قال: أنت وكيل إن جاء زيد من السفر على بيع داري أو أنت وكيل عند مجيء الحاج

(١) المهذب للشيرازي ١/٢٦٦.
(٢) الكافي لابن قدامة ٢/١٨.
(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ٣/١٠٧٣.
(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٠٨.

بطل[١]؛ لأن الوكالة عقد، والعقود لا يجوز تعليقها.

٤- لا يصح أن يقول الكفيل: أنا ضامن إن رضي بي، وأنا ضامن إن لم يعط المديون[٢]؛ لأن الوكالة عقد، والعقود لا يجوز تعليقها.

٥- لو رهن رجل عند آخر إناء فضة بعشرة دراهم وقال: إن جئتك بالعشرة إلى شهر وإلا فهو بيع لك بالعشرة، فالرهن جائز والشرط باطل؛ لأن البيع من العقود التي لا تحتمل التعليق بالشرط[٣].

٦- من قال لمديونه: إذا جاء غد فالدَّين لك، أو قال: فأنت بريء منه، أي من الدَّين، أو قال: إن أديت إليَّ نصفه، أي الدَّين، فالباقي لك، أو قال له: إن أديت إليَّ نصفه فأنت بريء من النصف الباقي، فهو باطل؛ لأن الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه، ولهذا يرتدُّ بالرد ولا يتوقف على القبول، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها، وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل[٤].

٧- إذا قال ربُّ المال لشخص: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك فلا يجوز لأنه علق القراض، كما لا يجوز تعليق البيع ونحوه، ولو قال: قارضتك الآن ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس الشهر ففي وجه يجوز كالوكالة والأصح المنع، كما لو قال: بعتك بشرط أن لا تملك إلا بعد شهر[٥].

---

(١) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٨/٤.

(٢) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢٣٨/٢.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢١/٢١.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٦/٧.

(٥) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ١٦/١٢.

٨- إذا قال شخص لآخر: إن جاء فلان أو جاء الشهر فقد بعتك لا يصح؛ لأن نقل الملك يستدعى الجزم ولا جزم مع التعليق[1].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) المنثور للزركشي ١/٣٧٤.

رقم القاعدة: ٩٨٦

نص القاعدة: الزِّيَادةُ الـمُتَّصِلَةُ تَتْبَعُ الأَصْلَ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الزيادة المتصلة تتبع العين[(٢)].

٢- الزيادة المتصلة تتبع [الأصل] في الفسوخ والعقود[(٣)].

٣- الزيادة المتصلة تتبع المِلك دون المالك[(٤)].

٤- الزيادة المتصلة لا تفرد عن الأصل[(٥)].

٥- الزيادة تتبع الأصل في العقود وكذلك في الفسوخ[(٦)].

٦- كل من رجع بالأصل رجع بالزيادة المتصلة[(٧)].

---

(١) أشباه ابن السبكي ١/٣٧٥، المنثور للزركشي ٢/١٨٢، المقاصد السنية للشعراني ص ٦٦.

(٢) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٣/١٢٢.

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥/٢٩٨. وبنحوه في المبدع لابن مفلح ٥/١٨٤.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٧٩. وفي لفظ عنده: "حكم الزيادة المتميزة أن تتبع الملك دون المالك" ٦/٢٧٩. وفي لفظ آخر: "ما لا يتميز من الزيادات تبع للأصل" ٧/٥٥١. وفي لفظ آخر: "ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك" المجموع شرح المهذب للنووي ١٤/٣٣٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٦/١٩٥. وفي لفظ: "الأصل تبع من كل وجه" ٢٥/١٦٠. وفي لفظ آخر: "الزيادة المتصلة تبع محض" ١٣/٣٤، ١١/٦٧.

(٦) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٢، جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ٣١/٩٠.

(٧) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٧٠.

٧- الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات[١].

قواعد ذات علاقة:

١- التابع تابع[٢]. (أعم).

٢- ما لا يتميز من الزيادة يكون قبضه لأصله قبضًا له[٣]. (أخص).

٣- يُرجَع في الموهوب بالزوائد المتصلة[٤]. (أخص).

٤- الزيادة المنفصلة لا تتبع الأصل[٥]. (قسيمة).

٥- هَلْ الفَسْخُ يَرْفَعُ العَقْدَ من أَصلِه أو من حِينِه؟[٦]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

الزيادة في اللغة النمو، تقول: زاد الشيء يزيد زيدًا وزيادة، وجمعها زوائد[٧].

والزيادة المتصلة هي تلك الزيادة التي لا يمكن فصلها وفكها عن أصلها سواء أكانت الزيادة في عين المعقود عليه كالسِّمَن في الحيوان وكبره وزيادة وزنه، والحمل الذي يحدث زمن الخيار أو حصلت الزيادة في صفة من صفات المعقود عليه كترويض الحيوان والبرء من داء كان فيه، وتربية الطيور والنضج في الثمار. وسواء كانت في العين المعقود عليه في عقد من عقود المعاوضة

---

(١) المبسوط ٥/٧٣، ١٣/٣٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/٥٧.

(٤) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٨٥.

(٥) المنثور في القواعد للزركشي ٢/١٨٢.

(٦) أشباه السيوطي ص ٢٩٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله".

(٧) انظر: المصباح المنير للفيومي، لسان العرب لابن منظور، "زيد".

كالزيادة في المبيع، أو في العوض في عقد الإجارة أو عقد الصلح، أو غير معاوضة، كالهبة والرهن، أو كانت الزيادة فيما ورد عليه الفسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الأب في هبته لولده أو تقايلا المبيع.

ومعنى القاعدة: أن الزيادة المتصلة غير المتميزة التي تحصل في المعقود عليه تتبع أصلها في العقود والفسوخ، أي أنها تنتقل من يد إلى أخرى تبعًا لانتقال اليد والملك، ولا أثر ولا اعتبار لها في انتقال العين من يد إلى أخرى، بل تعتبر كأنها لم تكن موجودة أصلا، فبناءً عليه هي لا تمنع من الرجوع في العقود ولا من إتمامها، كما أنها لا تمنع من الفسخ والرد، كما لو كان ذلك في حالة من حالات الخيار ـ كخيار العيب أو خيار الشرط أو غيرهما من الخيارات التي يمكن أن يرجع فيها أحد العاقدين على الآخر ويفسخ العقد، بيعًا كان أو إجارة أو غيرهما ـ فإن هذه الزيادة تكون تابعة في الملك للأصل المعقود عليه، فمثلا: لو رد المشتري المبيع بالعيب وكانت قد حصلت به زيادة متصلة كسمن الشاة، أو نماء صوفها أو نحو ذلك، فإن هذه الزيادة من حق البائع[1]؛ لأنها تتبع الأصل وهو المبيع هنا.

وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة، كالولد والثمرة الظاهرة والكسب، فإنها لا تتبع الأصل، بل تبقى في ملك من تولدت في ملكه.

والمراد بالزيادة في هذه القاعدة: هي الزيادة التي توجب الزيادة في القيمة، كالجَمال والخياطة والصَّبغ ونحو ذلك، أما الزيادة من حيث السعر، وكذلك الزيادة التي لا تؤدي إلى الزيادة في القيمة فلا يلتفت إليها من الناحية الفقهية؛ لأن المعتبر هنا معنى المالية دون مجرد الصورة[2].

---

(١) هذا عند الشافعية والإمام محمد من الحنفية، ومن وافقهم، خلافًا للإمام أبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان أن الزيادة المتصلة تمنع الرد بالعيب إذا لم يرض صاحب الزيادة – وهو المشتري هنا – برد الزيادة. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٧٠. أسنى المطالب ٢/ ٥٣.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٩٨، فتح القدير لابن الهمام ٩/ ٤٢، ٤٣، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٨٦.

وهذه القاعدة من القواعد المعتمدة عند فقهاء الشافعية، وقريب منهم مذهب الإمامية، أما سائر الفقهاء فلهم تفاصيل وخلافات في اعتبار الزيادة المتصلة وأثرها في الأمرين – أعني الفسوخ والعقود – فوافقوا الشافعية في مواضع وخالفوهم في مواضع أخرى.

فمثلاً: الحنفية قسموا الزوائد المتصلة التي قد تطرأ على المعقود عليه إلى قسمين:

١ – **الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل**، كالسمن في الحيوان وزيادة وزنه، والبرء من داء كان فيه، والنضج في الثمر.

٢ – **الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل**، مثل الصبغ والخياطة، والبناء في الأرض، والغرس فيها، ولت السويق بسمن[١].

«هذا تقسيم الحنفية للزوائد، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنويعها؛ نظرًا لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع»[٢].

ومن ذلك – مثلا – أنهم قالوا ضمن بيان موانع الرد بالعيب في البيع الصحيح: «إن حدثت الزيادة قبل القبض، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعًا، والأصل أن ما كان تابعًا في العقد يكون تابعًا في الفسخ؛ لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصودًا وينفسخ في الزيادة تبعًا للانفساخ في الأصل.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل فإنها تمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٩.

(٢) الموسوعة الفقهية ٢٠/٩٩.

أما غير الحنفية فما بين موحد النظرة إلى الزيادة، أو مكتف بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة، وإدارة الحكم على ذلك فقط.

الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها؛ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأسا فلو رد المبيع لكان لا يخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة وإما أن يرده مع الزيادة، لا سبيل إلى الأول؛ لأنه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ....

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض، فأما إذا حدثت بعد القبض فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الرد إن رضي المشتري بردها مع الأصل بلا خلاف؛ لأنها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد في الأصل مقصودا وينفسخ في الزيادة تبعًا.

وإن أبى أن يرده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع إلا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه: قال أبو حنيفة وأبو يوسف، رحمهما الله: للمشتري أن يأخذ نقصان العيب من البائع، وليس للبائع أن يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول: لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد عليَّ المبيع معيبًا؛ لأدفع إليك جميع الثمن.

وقال محمد، رحمه الله: ليس للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع إذا أبى ذلك وللبائع أن يقول له: رد علي المبيع حتى أرد إليك الثمن كله. ولقب المسألة: أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب إذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب؟ عندهما يمنع، وعنده لا يمنع»[(١)].

ولم يفرقوا بين المتولدة من الأصل وغير المتولدة منه في باب الهبة، وقالوا: «الزيادة المتصلة متولدة أو غير متولدة مانعة من الرجوع»[(٢)].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٨٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٦/٢٢٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٠٤- ٣٣٩.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٥٥. وانظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨٥.

والقاعدة محل خلاف عند المالكية على قولين: أحدهما يفيد أن الزيادة المتصلة معتبرة، والثاني يفيد عكسه. قال القرافي: «قال مالك: إذا ابتعت جملا فسمَّنَتَه، خُيِّرَ المستحِقُّ في دفع نفقتك عليه أو أخذ قيمة جمله يوم قبضته. قال أشهب: إذا ربيت الصغير وعلّمته الصنعة، وأنفقت عليه، ثم يُستحَق حرًّا أو عبدًا، لا يتبع بشيء. وفي هذا الأصل اختلاف. وإن حرثت الأرض فله إعطاؤك قيمة عملك وإلا أعطيته كراء أرضه وإلا أسلمته بما فيها من العمل بغير شيء. قال سحنون: إذا زبلتها بنفقة، وزاد ذلك في ثمنها فلا شيء لك؛ لأن الزِّبْل مستهلك، وكذلك تسمين الدابة وتربية الصغير وتعليمه»[1].

وعن الإمام أحمد روايتان في الزيادة المتصلة التي تحدث في العين الموهوبة:

إحداهما : لا تمنع الرجوع في الهبة، بل تنتقل إلى الواهب تبعًا لانتقال الأصل إليه، كما قال الشافعية.

والثانية : تمنع – كما قال الحنفية؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة[2].

أما الظاهرية فمن خلال تتبع الفروع التي ذكرها ابن حزم يتبين أن مجملْ رأيهم في الزوائد يتلخص في القاعدة التي ذكرها ابن حزم نفسه قائلا: «كل ما تولد من مال المرء فهو له»[3].

ولم تتيسر لنا معرفة تفاصيل مذهبهم: هل يفرقون بين المتصلة وغير المتصلة - كما فعل سائر الفقهاء - أو لا يفرقون بينهما، وإن كان الظاهر هو الأول؛ بدليل ما قاله ابن حزم في مسألة الرجوع في الهبة: «الوالد والأم فيما

---

(١) الذخيرة للقرافي ٩/٧٩. وانظر أيضًا: المدونة الكبرى ٩/٧٠، المعيار المعرب للونشريسي ٦/١٧٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٩٢.

(٣) المحلى لابن حزم ٨/١٤٤.

أعطيا أو أحدهما لولدهما فلهما الرجوع فيه أبدًا... ولا رجوع لهما بالغلة ولا بالولد الحادث بعد الهبة»[١]، أي أن الزيادة المنفصلة لا تتبع الأصل المملوك بطريق مشروع. ثم قال: «فإن تغيرت الهبة عند الولد حتى يسقط عنها الاسم فلا رجوع للأب فيه؛ لأنها إذا تغيرت فهي غير ما جعل له ﷺ الرجوع فيه»[٢]، وهذا يعني أن الموهوب مهما تغيرت عينه بالزيادة أوالنقصان فإنه لا يمنع من الرجوع فيه، ما دام لم يتغير تغيرًا فاحشًا يزيل عنه اسم الشيء، أي أن الزيادة المتصلة تنتقل بانتقال الأصل.

ويتبين مما تقدم أن أهم أحكام الزيادة المتصلة المختلف فيها بين الفقهاء اثنان كلاهما مبني على كون الزيادة المتصلة هل تتبع العين أو لا.

أحدهما : لمن يكون ملك الزوائد؟

والثاني : كونها هل تمنع الرد، أو لا؟

وستأتي الإشارة إلى شيء من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء عند ذكر التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

وبما أن الزيادة المتصلة لا تنفصل عن أصلها فيكون قبض الأصل قبضًا للزيادة؛ لأنها تابعة له وقبضه قبض لها كما ورد في القاعدة الثانية من القواعد ذات العلاقة[٣].

ومجال تطبيق القاعدة هو عقود المعاوضات والتبرعات التي يقع فيها رد المعقود عليه بعد حصول الزيادة له قبل الرد، أوتحصل فيها الزيادة قبل القبض.

---

(١) المحلى ٩/١٢٧.

(٢) المصدر السابق ٩/١٣٦.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٧٩.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «التابع تابع»؛ لأنها أعم من القاعدة التي بين أيدينا، ومعلوم أن أدلة الأعم أدلة للأخص منه.

٢- إن الزيادة المتصلة تتبع أصلها؛ لعدم إمكان إفرادها والفصل بينهما وتعذر ردها بدونها[١]. أو بعبارة أخرى: إن الزيادة تمحضت تابعةً للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكأن الفسخ – أو العقد - لم يرد على الزيادة أصلا[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- من اشترى شيئًا، فزاد عنده زيادة متصلة بالأصل - كأن اشترى شاة فسمنت عنده، أو شجرة فأثمرت ولما تظهر ثمرتها بعد، ثم اطلع فيه على عيب، فأراد المشتري أن يرده، رده بما حصلت فيه من الزيادة المتصلة؛ لأن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته المتصلة به[٣].

٢- من رهن غيره شيئًا، ثم حدثت فيه زيادة متصلة، كأن كانت شجرة

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/ ٧٣.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/ ١٦١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/ ٧٣، ٢٦/ ٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر١/ ٣٤٠، الحاوي الكبير للماوردي ٦/ ٢٧٩، المهذب للشيرازي ١/ ٣٦٩، المغني لابن قدامة ٤/ ١١٢، الشرح الكبير لابن قدامة عبد الرحمن شمس الدين ٤/ ٨٨، جامع المقاصد للكركي ٩/ ٢٦٤.
تجدر الإشارة هنا إلى أن الرد بالعيب إذا كان قبل القبض، أو كان بعد القبض ورضي المشتري برد المبيع بما حصلت فيه من الزيادة أنها تتبع الأصل باتفاق الحنفية، واختلفوا فيما إذا كان الرد بعد القبض ولم يرض المشتري، بناءً على اختلافهم في "أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب إذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع ". بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٨٥. وانظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/ ١٠٠، ١٠١.

فكبرت، فإن هذه الزيادة تكون مرهونة مع الأصل باتفاق الفقهاء[١]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

٣- لو اشترى رجل من آخر شيئًا فحصلت فيه زيادة متصلة، كأن يشتري حيوانًا ويقبضه ثم يسمن هذا الحيوان أو يكون مصابًا في عينه فيبرأ عند المشتري، ثم يتقايلان، فالإقالة في هذا الحيوان صحيحة[٢]، والزيادة المتصلة تكون للبائع مع أصلها.

٤- من التقط لقطة فتملكها - بعد أن عرفها سنة - ثم جاء صاحبها قبل التملك أخذها مع زيادتها، وإن جاء بعد التملك أخذها مع الزيادة المتصلة دون الزيادة المنفصلة[٣].

٥- من غصب شيئًا، ثم تعذر عليه رد المغصوب، فرد بدله، ثم رجع المغصوب وجب رده على المالك، فإن زاد البدل في يده زيادة متصلة وجب الرد مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب وهذا فسخ[٤].

٦- من أوصى لغيره بشيء فحدث فيه ما لا يتميز من الزيادة، كالسِّمَن وزيادة البدن، بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له، فهو للموصى له ومحسوب عليه من الثلث؛ لأن ما اتصل من الزيادة تبع

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١٨٣/٢٣. وانظر أيضًا: التاج المذهب للعنسي ٢٤٧/٣، شرح النيل لأطفيش ٥٨٥/٢، ٩١/١١.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١٤٦/١.

(٣) انظر: التنبيه للشيرازي ص ١٣٢، الروضة البهية للعاملي الجزء السابع، تعريف اللقطة.
وجدير بالذكر أن بعض الشافعية ذكر ذلك ضمن المستثنيات من هذه القاعدة، لكن هذا القول استغربه ابن السبكي قائلا: "لكن هذا غريب، والمجزوم به - في كتب الرافعي والنووي وابن الرفعة والشيخ الإمام - رحمهم الله تعالى- أن الزيادة المتصلة تتبع اللقطة" اهـ. الأشباه والنظائر لابن السبكي ٣٧٥/١.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٣٦٩/١، المحلى لابن حزم ١٣٥/٨.

لأصله يتنقل مع الأصل إلى حيث انتقل[١].

٧- لو أفلس المشتري كان للبائع أن يسترد عين ماله بما حصل فيها من الزيادة المتصلة بناءً على مقتضى هذه القاعدة[٢].

٨- من اشترى شيئًا ونما عنده ثم طلب الشفيع الشفعة، فإن نما المبيع نماء متصلا كغراس كبر وطلع زاد قبل التأبير، أخذه الشفيع بزيادته؛ لأنها تتبع الملك في الأصل كما تتبعه في الرد، وإن كان نماء منفصلا كالغلة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري؛ لأنها حدثت في ملكه وليست تابعة للأصل[٣].

٩- من اشترى شيئًا، أو باعه بشرط الخيار، فما يحصل فيه من الزيادة المتصلة زمن الخيار تابع لأصله، فمن انتقل إليه العين استحق الزيادة تبعًا[٤].

١٠- من وهب لغيره شيئًا وقبضه، ثم حصلت زيادة في الموهوب، فأراد الرجوع في هبته – فيما يصح له الرجوع في هبته - فإن كانت الزيادة لا تتميز كالطول والسِمَن أخذها الواهب مع الزيادة؛ لأن ما لا يتميز من الزيادات تَبَع للأصل وإن كانت الزيادة متميزة فهي للموهوب له كالنتاج والثمرة لحدوثها على ملكه، ولا يلزمه دفعها إلى الواهب وإن رد عليه الهبة[٥].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٨/٢٦٢. وراجع أيضًا: بدائع الصنائع ٧/٣٨٥.

(٢) هذا مذهب المالكية، والشافعية، وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول عند الإمامية. خلافًا للرواية التي هي المذهب عند الحنابلة من عدم جواز الفسخ في هذه الحالة. انظر: أشباه ابن السبكي ١/٣٧٥، مفوتات فسخ العقد ٢/٦٤٢-٦٤٤، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٤٧٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢/١٢٣، جامع المقاصد للكركي ٥/٢٨٢.

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ٢/٤٣٠.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٥٣، ٧٣.

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/٥٥١. هذا عند الشافعية الذين قالوا: "يُرجَع في الموهوب بالزوائد=

استثناءات من القاعدة :

ذكر الشافعية أن هذه القاعدة يستثنى منها الزيادة في الصداق، فإن الزوج إذا طلق زوجته قبل الدخول، فإنه لا يرجع إلى ما زيد في الصداق إلا برضى الزوجة. وفرقوا «بين الصداق وغيره بأن الطلاق إنشاء تصرف من جهة الزوج في ملكه فيحدث به الملك على نصف ما سماه في العقد ولم يمكنه الرجوع في نصف العين؛ لأنه أكثر من نصف المسمى فانتقل إلى البدل. وفي مسألتنا فسخ العقد لمعنى ظهر من بعد فاستند إلى حال العقد حكمًا، وجعل كأن العقد لم يكن كالواهب يرجع في الهبة والبائع يرد العيب بالعيب»[١].

د. محمد خالد عبد الهادي

* * *

= المتصلة"، خلافًا للجمهور الذين قالوا: "الزيادة المتصلة متولدة أو غير متولدة مانعة من الرجوع". راجع تفصيل ذلك في صياغة ضابط: "الأصل أن الزيادة المعتبرة في عدم الرجوع في الهبة هي المتصلة لا المنفصلة".

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٢/١٨٢.

رقم القاعدة: ٩٨٧

نص القاعدة: كُلُّ عَقْدٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ القَبْضُ لاَ يَجُوزُ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما يشترط فيه القبض لا يُحتمل فيه التأجيل وخيار الشرط[٢].

٢- ما يشترط فيه القبض لا يدخله خيار الشرط[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل في العقود اللزوم[٤]. (أعم).

٢- اشتراط الخيار على خلاف الأصل فاختص بالمحدود[٥]. (تعليل).

٣- البيوع التي فيها الربا لا يجوز فيها شرط الخيار[٦]. (متفرعة).

---

(١) انظر: شرح السنة للبغوي ٨/٤٨.

(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٣١٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٢٤.

(٤) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠١ وشرح الزرقاني على الموطأ ٣/٤٠٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) حاشية الجمل للأنصاري ٣/١١٤.

(٦) انظر: المجموع للنووي ٩/١١٨.

٤- تنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات[١]. (معللة).

٥- ما خالف مقتضى العقد فهو باطل[٢]. (أعم).

٦- اشتراط ما يوجب الحكم خلافه ممنوع[٣]. (شارحة).

شرح القاعدة:

معنى شرط الخيار أو خيار الشرط: أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما الخيار، بأن يكون له الحق في إتمام العقد أو فسخه[٤]، فإضافة (خيار) إلى (الشرط) من إضافة السبب إلى المسبب؛ لأن سبب هذا الخيار هو الشرط[٥]، ويسمى أيضًا خيار التروي[٦]، وخيار التشهي[٧]. والخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه[٨].

و«العقد في حق القبض على مراتب:

- منها ما يشترط فيه التقابض: وهو القبض من الجانبين، وهو الصرف.

---

(١) حواشي الشرواني ٤/٣٣٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٢، تيسير التحرير لأمير بادشاه ٤/١٧٤.

(٢) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٢٧. انظر قاعدة: "لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ١/٤٥٣.

(٤) انظر: قواعد الفقه لمحمد المجددي البركتي١/٢٨٣ دار النشر: الصدف بيلشرز كراتشي ط/١٩٨٦م.

(٥) درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٤٤.

(٦) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٠، فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٤، نهاية المطلب للجويني ١٢/٤٥٩، شرح النيل وشفاء العليل لمحمد أطفيش ٩/٢٥١.

(٧) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٣. يقول البجيرمي: (خيار تشهٍّ) من إضافة المسبب للسبب، أي خيار سببه الشهوة والخيرة، وهذا ظاهر في خيار الشرط. تحفة الحبيب على شرح الخطيب ٣/٣١٤.

(٨) فتح الباري لابن حجر ٤/٣٢٦، انظر أيضًا قاعدة: "ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه"، في قسم القواعد الفقهية.

- ومنها ما لا يشترط فيه التقابض: كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها مما يدخله ربا النَّساء.
- ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين: كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدَّين مما يتضمن ربا النَساء، كبيع المكيل بالمكيل، والموزون بالموزون إذا كان الدَّين منهما ثمنا، وبيع الدَّين بالعين وهو السلم»[١].

ومعنى القاعدة: أن العقود التي اشترط الشارع فيها التقابض لا يصح أن تكون على الخيار[٢] بل لابد أن تكون ناجزة في الحال، وأن تترتب عليها آثارها على الفور؛ لأن القاعدة أن «مقتضى العقد التسليم في الحال»، ولأن «الأصل في العقود اللزوم». وإنما أباح الشارع الحكيم اشتراط الخيار رفقًا بالمكلفين وتحقيقًا لحاجاتهم، يقول زكريا الأنصاري: «الخيار هو اسم من الاختيار الذي هو طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ والأصل في البيع اللزوم إلا أن الشرع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين»[٣]، ويقول الكاساني: «شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطًا مغيِّرًا مقتضى العقد، وإنه مفسد للعقد في الأصل وهو القياس، إلا أنا عرفنا جوازه استحسانًا»[٤]، و«وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأوفق»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٧.

(٢) قال الشربيني معلقًا على ذكر النووي الصرف والسلم مثالين عمًّا لا يجوز اشتراط الخيار فيه: "تنبيه: إنما ذكر المصنف مثالين لينبه على أنه لا فرق بين ما يشترط فيه القبض من الجانبين كالربوي، أو من أحدهما فقط كالسلم" مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٧.

(٣) حاشية الجمل لزكريا الأنصاري ٣/١٠١، وانظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٣، المهذب البارع للحلي ٢/٤١٨.

(٤) بدائع الصنائع للحلي ٥/١٧٤.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٥٢، العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٨٢.

فاشتراط الخيار إذن رخصة على خلاف الأصل في العقود فاختص بالمحدود، وهو ما نصت عليه القاعدة: «اشتراط الخيار على خلاف الأصل فاختص بالمحدود»، ومن ثم بينت القاعدة - موضوع الصياغة - أن هذه الرخصة مقيدة بألا يكون العقد مما طلب الشارع فيه التقابض في المجلس[١]، ومثال ذلك البيوع التي فيها الربا وهو ما بينته القاعدة: «البيوع التي فيها الربا لا يجوز فيها شرط الخيار»؛ لأن دخول الخيار فيه يؤجله، فيكون من باب بيع الربوي بالربوي إلى أجل، وهذا هو ربا النساء.

وحقيقة الخيار أنه مهلة تعطى للمتعاقدين أو لأحدهما قبل أن يصبح العقد لازمًا سواء أتم التقابض أم لم يتم، فآل الأمر في العقد الذي دخله خيار الشرط إلى تأجيل التقابض، إما حقيقة - إذا لم يسلم المعقود عليه - وإما حكمًا حيث إنه وإن تم التقابض، فلا يستطيع المتعاقدان التصرف فيما قبضا لعدم ثبوت الملك إلا أن تنتهي مدة الخيار أو يسقطه من شُرط له، لذلك كان اشترط الخيار مناقضًا لمقتضى العقود التي مطلوب الشارع فيه التناجز والتقابض؛ إذ الجمع بين ما طلب الشارع فيه التقابض وبين شرط الخيار محال؛ لأن لازم هذه العقود وجوب التقابض في المجلس، ولازم شرط الخيار جواز التأجيل والتأخير و«تنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات»[٢].

والحاصل أن اشتراط الخيار في مثل هذه العقود مناقض لمقتضاها مفوِّت لمقصود الشارع منها مخالف لحكمه فيها، وكل عقد هذا شأنه جدير بالإبطال، لأن كل ما ناقض مقصود الشارع في عقد من العقود أو حكم من الأحكام وعاد عليه بالإبطال كان ممنوعًا باطلا. وهو ما تقرر في القاعدتين: «اشتراط ما يوجب

---

(١) مقصود الفقهاء التقابض في المجلس، ويفهم ذلك من خلال العقود التي مثلوا بها حيث ذكروا البيوع الربوية وعقد السلم وكل ذلك يشترط فيه التقابض في المجلس، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف المذاهب في تحديد معنى المجلس العقد والمقصود من التفرق.

(٢) انظر: في هذا المعنى الفروق للقرافي ٣/١٤٢.

الحكم خلافه ممنوع»، و«كل شرط أو علة أو ضابط يرجع على مقصود الشارع بالإبطال كان هو الباطل المحال».

والقاعدة محل اتفاق بين الشافعية والأحناف والحنابلة[١]، ووافقهم الزيدية[٢]، وأما المالكية فالظاهر أنهم لا يأخذون بها، لذلك ورد الخلاف عندهم في جواز الخيار في عقد الصرف وإن قال ابن رشد: «أما الخيار فلا اختلاف أن الصرف به فاسد»[٣]، إلا أنه تعقب بأن الخلاف وارد في المذهب وإن كان المعتمد المنع[٤]، وقد جوزوا أيضًا تأخير رأس مال السلم ثلاثة أيام ولم يشترطوا قبضه في المجلس بشرط ألا يُنقد رأس المال في زمن الخيار بشرط ولا تطوع[٥]، وتبعًا لذلك قالوا: «مدة الخيار في السلم لما يؤخر إليه رأس المال، وهو ثلاثة أيام»[٦].

ومجال إعمال القاعدة الصرف وبيع الربوي بالربوي وعقد السَّلم.

أدلة القاعدة:

١- مخالفة خيار الشرط لمقتضى العقود التي اشترط الشرع فيها قبض أحد العوضين أو كليهما من صرف وسلم وبيع ربوي بربوي؛ لأن وضعها على أن لا يبقى بين المتعاقدين علاقة وارتباط بعد التفرق

---

(١) أما ابن حزم فينفى شرعية خيار الشرط في البيع إطلاقًا، ويرى أن كل بيع يشترط فيه خيار للبائع أو للمشتري أولهما أو لغيرهما فهو باطل؛ لأن كل عقد لم يصحَّح إلا بصحة ما لم يصح فلا صحة له بلا شك، فوجب بطلان البيع الذي عقد على شرط خيار. انظر: المحلى لابن حزم ٣٧٨/٨.

(٢) انظر: البحر الزخار للصنعاني ٣٤٩/٤.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ١٧/٢، تحقيق سعيد أحمد أعراب الطبعة الأولى، دار الغرب.

(٤) انظر: حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل واختصار كنون له ١٠٠/٥، طبعة دار الفكر مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق مصر ١٣٠٦هـ، وانظر: بيع الدين دراسة في فقه الشريعة الإسلامية لناصر أحمد النشوي ص ٢٠٥، دار الفكر الجامعي، طبعة ٢٠٠٧، الإسكندرية.

(٥) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢٠٣/٥.

(٦) شرح الخرشي لمختصر خليل ١١٥/٥.

لاشتراط القبض، وثبوت خيار الشرط فيها ينافي ذلك[١].

٢- إذا اشترط القبض في المجلس في الربوي والسلم للغرر، فلا يجوز شرط الخيار فيه لأحد؛ لأنه لا يحتمل التأجيل، والخيار أعظم غررًا منه؛ لأنه مانع من الملك أو من لزومه[٢].

٣- يقول السرخسي في عقد الصرف: «لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد؛ لأن الخيار يعدم الملك فيكون أكثر تأثيرًا من عدم القبض قبل الافتراق، وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقى الخيار وكذلك شرط الأجل يعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقد[٣].

ويقول ابن نجيم في السَّلم: «لا يدخله خيار الشرط؛ لأنه يمنع تمام القبض».

تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع شخص دَينًا له لمن هو في ذمته؛ فلا يجوز اشتراط الخيار فيه؛ لأن من أجاز هذا العقد من الفقهاء اشترط قبض العوض في المجلس، وكل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه[٤].

٢- إذا صُرفت عملة بعملة أخرى كريال سعودي بدرهم مغربي مثلا، فلا يجوز اشتراط الخيار في هذا العقد؛ لأن الصرف شرطه التقابض في

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢٤/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٨/٢، كشاف القناع له أيضًا ٢٠٤/٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٤٧/٢، المبسوط للسرخسي ٣/١٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٣/١٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤٢/٤.

المجلس والخيار مانع من ذلك، ولأنه يعدم الملك ويمنع استحقاق القبض ما بقى الخيار والتأجيل عكس القبض[١]. وكل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه.

٣- إذا باع شخص قنطار قمح بقنطار شعير فلا يصح اشتراط الخيار في هذا العقد؛ لأن من شرط بيع الطعام بالطعام التقابض في المجلس قبل التفرق وإلا بطل العقد، وكل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه[٢].

٤- إذا جرى صلح على إقرار على عين غير المدعاة، فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه، كالشفعة والرد بالعيب، واشتراط التقابض إن اتفقا في علة الربا، ولو صالح من دَين على عين صح، فإن توافقا في علة الربا اشترط قبض العوض في المجلس[٣]، وكل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه.

٥- إذا عقد رجلان عقد سلم وجب تسليم رأس المال وهو الثمن في المجلس الذي وقع العقد فيه قبل التفرق منه إذ لو تأخر لكان في معنى بيع الدَّين بالدَّين[٤]، فإن تفرقا قبل قبضه بطل العقد ويجب أن يكون ناجزًا لا يدخله خيار الشرط[٥]؛ إذ إن كل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه.

٦- القسمة - على أحد القولين - بيع، فإذا كان ما يريد المتقاسمان اقتسامه مما فيه الربا وكان جنسًا يجوز بيع بعضه ببعض كالحنطة. فلا

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٣١٤.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ١/٦٠.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٤/١٨٤.

(٥) انظر: الإقناع للماوردي ص ٩٨، كفاية الأخيار للحصيني ص ٢٥٣.

يجوز أن يقتسماه إلا كيلا متساويًا ويتقابضا قبل التفرق، ولا يصح منهما اشتراط الخيار فيه؛ لأن كل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه[1].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ١٢٧.

رقم القاعدة: ٩٨٨

نص القاعدة: كُلُّ عَقْدٍ لاَ يُسْتَحَقُّ فِيهِ القَبْضُ فِي المجْلِسِ لاَ يُبْطِلُهُ خِيَارُ الثَّلَاثِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

- كل عقد يفسخ بالإقالة ولا يعتبر فيه القبض في المجلس يجوز أن يدخله الخيار[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل في العقود اللزوم[٣]. (شارحة).

٢- الأصل في العقود هو التراضي[٤]. (شارحة).

٣- الأصل في الشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه[٥]. (أصل).

---

(١) التجريد للقدوري ٣٠٢١/٦.

(٢) التجريد للقدوري ٣٦١٧/٧.

(٣) الذخيرة للقرافي ٤٠١/٤، شرح الزرقاني على الموطأ ٤٠٦/٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٩/٦.

(٥) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٤/١. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا".

٤- عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع[١]. (أعم).

٥- الشرط يراعى إذا كان مفيداً[٢]. (شارحة).

٦- كل عقد يشترط فيه قبض العوضين أو أحدهما لا يجوز شرط الخيار فيه[٣]. (مفهوم مخالفة).

٧- عقد المعاوضة يقبل الفسخ[٤]. (شارحة).

٨- انتقال الملك إلى المشتري بالعقد يقبل الفسخ في مدة الخيار[٥]. (شارحة).

٩- صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة إلى دفع الضرر[٦]. (شارحة).

شرح القاعدة :

يرجع في تعريف خيار الشرط إلى القاعدتين: «ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه» و«كل عقد يشترط فيه القبض لا يجوز شرط الخيار فيه» من قواعد المعلمة.

والعقود - وإن كان الأصل فيها اللزوم - إلا أن الشارع الحكيم قد أباح للمتعاقدين أن يشترطا أو أحدهما عند إبرام العقد أنه بالخيار ثلاثة أيام[٧]،

---

(١) فقه الصادق للروحاني ٢٠٤/٢١.

(٢) عمدة الناظر لأبي السعود ٤٣١/٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "اشتراط ما لا يفيد لا يوفى به".

(٣) انظر: شرح السنة للبغوي ٤٨/٨.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٣٥٧/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: مختلف الشيعة للحلي ٥٥/٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ٧٩/١٥.

(٧) اختلف الفقهاء في جواز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام: فقال مالك: لهما أن يشترطا الخيار في=

وذلك عن تراض منهما؛ لأن «الأصل في العقود هو التراضي»، ولأن الأصل في الشروط عند جمهور العلماء الجواز والصحة إلا أن تعارض مقصود الشارع كما جاء في قاعدة: «الأصل في الشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه»، فكان من حق العاقدين أن يشترط كل واحد منهما على الآخر ما فيه مصلحة لنفسه ما دام أن العقد ليس فيه حق لله من حيث المنع من التأجيل والتأخير أو غير ذلك، إذ إن «اشتراط ما يوجب الحكم خلافه ممنوع»[1]، فجواز الشرط مرهون بإذن الشارع بدءاً وانتهاءً؛ وهو ما تقرر في قاعدة: «عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع».

وعقود المعاوضات فيها بذل للمال وتبادل للمصالح ومبناها على المشاحَّة واستشراف الربح ومن ثم كان من المناسب دخول خيار الشرط فيها؛ لأنه شرط يراعى في العقود ويوفى به على اعتبار أن القصد منه التروي ودفع الضرر. من أجل ذلك علَّل الفقهاء مشروعية الخيار بالرفق من الشارع حتى يُترك للمتعاقد فرصة لتدارك ما قد يكون غُبِنَ فيه، أولم يقدر مصلحته ومفسدته حق قدرها، أو لربما استجد في وضعه ما لم يكن وقت العقد مما يجعل ما تعاقد عليه غير موافق لوضعه الجديد ماديا أو معنويا.

إلا أن قاعدة: «كل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث» استثنت من جواز دخول شرط الخيار العقود التي يستحق فيها القبض في المجلس وهو ما دلت عليه - بمفهوم المخالفة - قاعدة: «كل عقد يشترط

= عقدةِ بيعهما، ولم يحد لذلك حدًّا، إلا أنه قال: ما لم يطل. وقال الأوزاعي: أحب الأجل إلينا في الخيار ثلاثة أيام. وقال الثوري: إن بعت الشيء بشرط فسمٍّ للمشتري الأجل الذي يرضى به ويريده، فإن حبسته فوق الشرط الذي تضربه له فقد لزمه البيع. وقال الشافعي: لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاث، فإن اشترطه أحدهما أو كلاهما أكثر من ثلاثة بطرفة عين فالبيع منتقض، وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: الخيار جائز بما اشترطا، إذا كان إلى وقت معلوم. انظر: اختلاف الفقهاء للطبري ص ٦٢.

(١) انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ١/٤٥٣.

فيه القبض لا يجوز شرط الخيار فيه»؛ لأن طبيعة هذه العقود مخالفة لأثر شرط الخيار؛ فلا يجتمع شرط الخيار وشرط الشارع التقابضَ في عقد واحد[١].

وهذه القاعدة قاعدة حنفية كما يظهر من خلال صيغة القاعدة والصيغة الأخرى لها، إلا أن ذلك لا يعني أن غيرهم من فقهاء المذاهب لا يقولون بمضمونها. ورغم أن القاعدة جاءت بصيغة مطلقة تستوعب ما كان من العقود لازمًا وما كان جائزًا، إلا أن ذلك ليس مقصود الأحناف ولا غيرهم من الفقهاء عمومًا[٢]، وإنما مرادهم العقود اللازمة، لأن الأصل في العقود الجائزة أن فسخها جائز بداهة؛ فلا يحتاج إلى شرط[٣]، وهذا المعنى هو ما ورد في الصيغة الأخرى للقاعدة والتي قُيِّدت بقابلية العقد للفسخ بالإقالة، فخرج بهذا القيد العقود الغير اللازمة.

ولا يقال إن عقود المعاوضات اللازمة لا تقبل دخول الخيار فيها - كما هو قول من نفى خيار الشرط في العقود بإطلاق - لأن جمهور الفقهاء على أن «عقد المعاوضة يقبل الفسخ»، وأن «انتقال الملك إلى المشتري بالعقد يقبل الفسخ في مدة الخيار»، وأن «صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة إلى دفع الضرر». فكل عقد يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد نفوذه - كالبيع - يدخله خيار الشرط، لأن اشتراط الخيار للفسخ بعد الانعقاد ينعدم به تمام الرضا باللزوم[٤]، إلا ما استثنت القاعدة مما شرطه القبض في المجلس.

لقد وضحت هذه القاعدة أن موقف الأحناف موقفٌ وسط بين من يطلقون

---

(١) انظر: قاعدة «كل عقد يشترط فيه القبض لا يجوز شرط الخيار فيه» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الحكم هنا على الغالب وإلا فقد ورد الخلاف مثلا في اشتراط الخيار في الوقف، انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي ٣/٣٠٤. وورد الخلاف في دخول شرط الخيار النكاح، انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٣٤٩، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٢/٧٥٦.

(٣) انظر: قاعدة (خيار الشرط لا يدخل إلا في العقود اللازمة القابلة للفسخ) في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٢.

القول بأن كل عقد قابل لدخول شرط الخيار فيه؛ وهو رأي ابن تيمية[١]، وبين الظاهرية الذين يمنعون ذلك في كل العقود. كما أنهم على خلاف مع من لم يستثن من المعاوضات شيئًا كالإمامية الذين جوزوا دخول خيار الشرط فيها، يقول صادق الروحاني: «لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، وجريانه في كل معاوضة لازمة، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة، بل قال في التذكرة: الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة»[٢]. وهم أيضًا على خلاف مع من أخرج عقودًا أخرى غير مطلوب فيها القبض في المجلس كالشافعية الذين لخصَّ الماوردي موقفهم بقوله: «ما لا يدخله خيار الشرط واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين وذلك ثلاثة عقود: الإجارة، والمساقاة، والحوالة... وما لا يدخله خيار الشرط ويدخله خيار المجلس قولا واحدًا: وهو ما كان القبض قبل الافتراق شرطًا في صحته، وذلك عقدان: الصرف، والسَّلَم. فإن شُرط فيهما خيار الثلاث بطلا. وما يدخله خيار المجلس بغير شرط، وخيار الثلاث بالشرط، وهو سائر عقود البياعات»[٣].

والقاعدة التي بين أيدينا واسعة الانتشار؛ لأنها تُعمل في جميع العقود سوى ما شرط فيه القبض في المجلس، ولأن جمهور الفقهاء قائل بدخول شرط الخيار هذه العقود وإن اختلفوا فيما يستثنى من ذلك.

أدلة القاعدة :

الأصل أن الشارع أباح اشتراط الخيار في العقود اللازمة، وهو - سبحانه جلَّ وعلا - الذي أوجب التقابض في المجلس في بعضها، فكان ذلك استثناءً

---

(١) الفتاوى لابن تيمية ٤/٤٧١، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٧٥.
(٢) منهاج الفقاهة للروحاني ٥/٣٨٥.
(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠.

من الأصل، فما بقي بعد الاستثناء فهو على أصل الإباحة. ولذلك يردُّ الأحناف على من يخالفهم في دخول الخيار عقد الإجارة - وهو خارج عما استثنت القاعدة من العقود التي شرطها التقابض في المجلس - بقولهم: «عقد معاملة[1] لا يستحق فيه القبض حال المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع»[2]، أي حكمه حكم الأصل وهو جواز شرط الخيار في العقود.

تطبيقات القاعدة :

١- يصح شرط الخيار في الإجارة؛ كمن استأجر بيتًا مدة معلومة على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام؛ لأنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع؛ والجامع بينهما دفع الحاجة[3]، وكل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث.

٢- إذا أبرم المتعاقدان عقد مزارعة واشترطا لأحدهما خيارًا معلومًا؛ جاز على ما اشترطا؛ لأن عقد المزارعة يتعلق به اللزوم فيجوز اشتراط الخيار فيه مدة معلومة كالبيع والإجارة، وإن كان خيارًا غير مؤقت أو إلى وقت مجهول فالمزارعة فاسدة[4]. وكل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث.

٣- يجوز خيار الشرط في الوقف؛ لأن الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع

---

(١) يقصد الأحناف بمصطلح عقد المعاملة: الإجارة على العمل فيدخل فيه المضاربة والمزارعة والمساقاة.. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٨٦/٦، حاشية ابن عابدين ٥٥٧/٤.

(٢) التجريد للقدوري ٣٦١٧/٧.

(٣) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢٥٠/٣، التجريد للقدوري ٣٦١٧/٧.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٠/٢٣.

في أنه يجوز اشتراط الخيار فيه، فكما يجوز أن يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيًّا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروي النظر فيه[1]. وكل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث.

٤- إذا اشترى شخص دابة وطوق ذهب فيه خمسون دينارًا بألف درهم – مثلا – واشترط الخيار؛ فسد العقد. وأما إن اشتراهما بحنطة أو عرض واشترط الخيار فهو جائز؛ لأن العقد بينهما بيع وليس بصرف، وكذلك لو اشترى رطلاً من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لأنه ليس بصرف، والخيار جائز في كل ما ليس بصرف؛ يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس[2]. وكل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث.

٥- الخيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة ولابد في جميعها من معرفة المشتري برأس المال لأنها أنواع من أنواع البيع وإن اختصت بأسماء كاختصاص السلم، ويثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن أو نحو ذلك فيثبت للمشتري الخيار[3]. فما دامت هذه العقود بيعًا من البيوع ولا يشترط القبض فيها في المجلس فيجوز اشتراط الخيار فيها؛ لأن كل عقد لا يستحق فيه القبض في المجلس لا يبطله خيار الثلاث.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٢/١٢، وهذا على رأي أبي يوسف الذي يقول بأن الوقف عقد لازم قابل للفسخ خلافًا لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن اللذين يريان أن عقد الوقف لا يتعلق به اللزوم. انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٩٥٩/٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/١٤.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ١٠٠/٤.

٦- خيار الشرط يثبت في القسمة وما يبطل به خيار الشرط في البيع المحض يبطل به في القسمة، وإنما يصحّ اشتراط الخيار في القسمة على نحو ما يصح اشتراطه في البيع المحض حتى يجوز اشتراطه ثلاثة أيام بلا خلاف، وما زاد على الثلاثة يكون على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه[1].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٥/٢١٩.

رقم القاعدة: ٩٨٩

نص القاعدة: فَوَاتُ صِفَةٍ في الـمَعْقُودِ عَلَيْهِ لا تُفْسِدُ الْعَقْدَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا ينعدم أصل العقد بانعدام الصفة[٢].

٢- الصفات لا يلحقها فسخ[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- التفاوت في الصفة لا يمنع جواز العقد[٤]. (متفرعة).

٢- الغلط في الصفة لا يمنع صحة العقد[٥]. (متفرعة).

٣- فوات الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن المعين[٦]. (أخص).

٤- فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار[٧]. (مكملة).

---

(١) الكافي لابن قدامة ٣/٦٩.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٩/٣٠.

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٣/٤٧٦.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦/١٣٧.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٤٢.

(٦) شرح المجلة للأتاسي ٢/١٢٩.

(٧) المبسوط ١٥/٩٣ ووردت بصيغ أخرى: "فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار"،=

٥- تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع[١]. (أخص).

شرح القاعدة:

الفوات: هو ذهاب الشيء وزواله[٢]، وصفات الأشياء: هي الحالات التي تكون عليها من حليتها ونعتها كالسواد والبياض والعلم والجهل[٣]، والمعقود عليه: هو محل العقد ومورده الذي تتعلق به أحكامه، ومعنى أن العقد لا يفسد: أي لا تزول آثاره التي رتبها في ذمة العاقدين ولا تنحل رابطته العقدية[٤].

هذه القاعدة من القواعد الناظمة للعقد في الفترة التالية لنشأته والمقترنة بتنفيذه وما يرد على المعقود عليه من تغيرات في صفته قد تتنافى مع الغايات المصلحية للعقد والأغراض المعتبرة لدى أطرافه، وتعني أن المعقود عليه إذا جاء غير مطابق للمواصفات المطلوبة، كإتيان الصحيح سقيمًا والعذب مِلحًا والسريع بطيئًا والواسع ضيقًا والجديد قديمًا ونحو ذلك مما لا يدخل في مقومات الشيء الطبيعية، فإن القوة التنفيذية للعقد لا تزول تلقائيًّا بمجرد فوات الوصف، وإنما يفوض الأمر إلى العاقد المضار لينظر لنفسه ويختار الأنفع له من إمضاء العقد أو فسخه.

والقاعدة كما هو واضح من صيغتها المختارة ومرادفتها تعنى بفوات الأوصاف، أمَّا فوات ذات المعقود عليه أو أحد مقوماته الطبيعية؛ فإن العقد

= "فوات الوصف المرغوب يوجب التخيير" كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ٢/١٠، "النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود" التجريد للقدوري ٩/٤٦٠، "يثبت خيار الوصف بفوات وصف مرغوب فيه شرطًا أو عرفًا" انظر: شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/٢٥٠.

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١.

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤٥٧.

(٣) المعجم الوسيط ٢/١٠٣٧.

(٤) انحلال العقود لأنور طلبة ص ٣.

ينتهي به من تلقاء نفسه لاستحالة سريان تنفيذه؛ إذ الشيء لا يبقى بعد فوات المحل[(١)].

وهذه القاعدة تشمل فوات الصفة سواء فاتت إلى غير خلف، كمن استأجر شقة بالوصف فبان له أنها لا تحتوي على حجرة لطهي الطعام، أو فاتت إلى ما هو أدنى منها كمن اشترى دابة على أنها سهلة منقادة فوجدها صعبة جموحا فإن العقد لا يزول بفواتها من تلقاء نفسه، وإنما يثبت الخيار للطرف المضرور بين إمضاء العقد أو رده، وأما إذا فاتت إلى ما هو أنفع منها فإنه لا يعد فواتًا ولا يثبت به خيار، وقيل: بل يعد فواتًا ويثبت به الخيار؛ إذ قد يكون للشخص غرض في الأدنى فيفوّت على العاقد غرضًا صحيحًا، وغرض العاقد مرعي شرعًا[(٢)].

والمراد بالوصف الذي بفواته يثبت الخيار للمضرور هو الذي ينقص به المعقود عليه نقصًا محسوسًا يفُوتُ به غرض صحيح، وضابطه نُقصان قيمة المعقود عليه أو منفعته بحيث لا يتسامح فيه عادة ولا يمكن معالجته بدون مشقة، كمن اشترى نعلين فوجدهما ضيقين[(٣)]، أمَّا ما سوى ذلك مما لا ينفك عنه المعقود عليه عادة وجرت المسامحة فيه فلا ينفسخ به العقد تلقائيًّا أو بالإرادة المنفردة من قبل المضرور[(٤)]، ولكن يعالج ما أمكن، كمن اشترى سيارة فبان له فوات أحد مقابض أبوابها من الداخل، وكمن استأجر شقة للسكنى فوجد زجاج نافذة من نوافذها مكسورا، فهذا مما يتسامح الناس فيه عادة وتسهل معالجته إما تبرعًا من قبل المستأجر أو على نفقة المؤجر بعلمه.

---

(١) انظر: عمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/٦٣/أ، حاشية الطحطاوي ١/٤٣٤.

(٢) انظر: أحكام العيب في الفقه الإسلامي لإسماعيل كاظم ص ٩٤، نشر: دار عمار بالأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٧٣.

(٤) انظر: المقدمات لابن رشد الجد ٢/١٠١.

ومجال القاعدة يشمل العقود بشقيها سواء كانت واردة على الأعيان أو المنافع.

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر»[1].

والمراد بالتصرية: ربط ضرع الشاة أو الناقة ونحوها من النعم والامتناع عن حلبها قبل بيعها بيوم أو يومين أو أكثر حتى يكبر ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثيرة الحلب، فإن حدث ذلك، واكتشف المشتري أنها ليست كثيرة الحلب، فهذا فوات صفة في المعقود عليه، ووجه الدلالة من النص أن العقد لم ينتقض حتمًا من تلقاء نفسه باكتشاف التصرية، وإنما يثبت الخيار للمشتري، كما هو مصرح به في الحديث، بين إمساكها بالمسمى من الثمن أو ردها[2]؛ فدل على أن فوات الصفة لا يفسد العقد.

٢- دليل عقلي، وهو أن العقد لو كان ينتقض حتمًا من تلقاء نفسه بفوات وصف من أوصاف المعقود عليه، لفسدت عقود كثيرة؛ إذ لا تخلو العقود من ذلك غالبًا بدرجات متفاوتة، ثم إنه قد تكون للطرف المضار لفوات الوصف مصلحة أعلى في إمضاء العقد من فسخه، فيجتمع عليه ألمان أحدهما: ألم فوات الوصف في محل العقد، وألم انتقاض العقد إذا كان يفوت عليه مصلحة

---

(١) رواه البخاري ٣/٧٠ (٢١٤٨)، (٢١٥٠)، (٢١٥١)، ومسلم ٣/١١٥٥(١٤١٢)/(١١)، ١١٥٨/٣/١١٥٩(١٥٢٤) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) انظر: المسألة بالتفصيل في المبسوط ٣٨/١٣، الفواكه الدواني للنفراوي ٨١/٢، تكملة المجموع للسبكي ١٩٤/١١، المغني لابن قدامة ١٠٤/٤، المحلى لابن قدامة ٥٧٥/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٥٣/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٥٢/٩.

راجحة، فثبوت الخيار له عند فوات وصف في المعقود عليه أنظر له من فساد العقد تلقائيا.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اشترى شخص بقرة على أنها أنثى فوجدها ثورًا، فالبيع جائز؛ لأن فوات الصفة لا يفسد العقد، ولكن يخير المشتري بين إمضاء العقد أو فسخه استدراكا لمظلمته[١].

٢- لو اشترى دارًا على أنها ألف ذراع، فوجدها أقل من ذلك أو أكثر، فالبيع جائز؛ لأن هذا فوات في الصفة، والفوات في الصفة لا يفسد العقد، ولا يلزم من ذلك إبطال حق المشتري في الرد[٢].

٣- لو أن شخصًا اشترى قطعة من قماش على أنها تكفي لخياطة قميص وأنها أربعة أمتار بمائة مثلا، فظهر أنها ثلاثة أمتار، فالعقد جائز وللمشتري الخيار بين أخذها بالمسمى أو رد العقد[٣]؛ لأن فوات الوصف لا يفسد العقد.

٤- إذا استأجر شخص أرضًا للزراعة فوجدها صلبة أو تحتها أحجار، فإن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه وإنما يثبت الخيار للمستأجر بين إمضاء العقد أو رده[٤]؛ لأن فوات صفة المعقود عليه لا تفسد العقد.

٥- لو أن شخصًا استأجر دابة على أنها سلسة القيادة مدربة فبانت جموحا، فإن الإجارة لا تنفسخ من تلقاء نفسها بهذا الفوات في صفة

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٢.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٢٦.
(٣) انظر: شرح المجلة لسليم رستم ص ١١١.
(٤) انظر: أحكام العيب لإسماعيل كاظم ص ٨٨- ٩٠.

الدابة ولكن يثبت الخيار للمستأجر[١]؛ لأن المعقود عليه لا ينفسخ بفوات الصفة.

٦- إذا أسلم شخص إلى آخر ألف جنيه في حنطة، فوجد المسلم إليه الألف مزوَّرة، فلا ينتقض السلم، وإنما تبدل بالألف المعيبة ألف سليمة؛ لأن ذلك فوات للصفة، ولا يفسد العقد بفوات الصفة[٢].

٧- إذا صالح شخص آخر على حق من الحقوق بمقدار من قمح بلد معين فوجده من قمح بلد أخرى، فالصلح جائز مع ثبوت الخيار في الرد[٣]؛ لأن هذا من باب فوات الصفة، وفوات الصفة لا يفسد العقد.

د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٧٩/١٥، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٥/٥، المدونة لسحنون ٤٨٣/٣، التاج والإكليل للمواق ٥٧٤/٧، تكملة المجموع للسبكي ٥٧٤/١١، المغني لابن قدامة ٢٦٥/٥، التاج المذهب للعنسي ١٢٢/٣، ١٢٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٣٩/٨، ٤٤٠.

(٢) انظر: معنى هذا بدائع الصنائع ٢٠٥/٥، المدونة ٨٠/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧٥/٤، درر الحكام لعلي حيدر ٤٥/٤.

رقم القاعدة: ٩٩٠

نص القاعدة: فَوَاتُ الْوَصْفِ الْـمَشْرُوطِ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

- فوات الوصف المرغوب يوجب التخيير[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- مطلق العقد يقتضي وصف السلامة[٣]. (معللة).

٢- فوات الوصف لا يوجب رفع الأصل[٤]. (بيان).

شرح القاعدة:

الفوات لغة: مصدر فات الأمر يفوته فوتا وفواتا: ذهب عنه، ويطلق أيضًا بمعنى السبق، تقول: فاتني فلان بكذا: أي سبقني به[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٩٣/١٥.
(٢) كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ١٠/٢.
(٣) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣٥/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣١٦/٢، وبلفظ: "الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف العين؟"، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ١٢٥/٢.
(٥) القاموس المحيط للفيروزآبادي، النهاية لابن الأثير، المفردات للراغب الأصفهاني. مادة:(وص ف).

وفي اصطلاح الفقهاء: هو خروج العمل المطلوب شرعًا عن وقته المحدد له شرعًا. ففائت الحج هو الذي أحرم به ثم فاته الوقوف بعرفة: لم يدرك شيئًا منه[١].

والوصف في اللغة: النعت: يقال: وصف الشيء وصفا وصفة: نعته. ووصف الطبيب الدواء: عينه باسمه ومقداره، ووصف الخبر: حكاه[٢].

والوصف اصطلاحًا: «عبارة عما دل على الذات باعتبار معنى هو المقصود من جوهر حروفه، أي يدل على الذات بصفة، كأحمر، فإنه بجوهر حروفه يدل على معنى مقصود، وهو الحمرة»[٣].

وخيار فوات الوصف، هو: حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه[٤].

ومعنى القاعدة: أن فوات الوصف المرغوب فيه بمنزلة العيب في إثبات الخيار، وذلك بأن يكون المشتري مخيرًا بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مشروط مرغوب فيه، في بيع شيء حاضر أو غائب عن مجلس العقد. مثاله أن يشتري شيئًا يشترط فيه صفة معينة غير ظاهرة، وإنما تعرف بالتجربة، ثم يتبين عدم وجودها، أو يشتري جوهرة على أنها أصلية، فيظهر أنها تقليد صناعي للأصلية، فيكون المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه، يستحق في العقد بالشرط، فإذا فات أوجب التخيير؛ لأن المشتري ما رضي به دونه، فصار كفوات وصف السلامة[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٢/٢، مختصر خليل ص٧٨.
(٢) المصباح المنير للفيومي، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط. مادة: (و ص ف).
(٣) التعريفات للجرجاني ص٢٥٢.
(٤) الموسوعة الكويتية ١٥٨/٢٠.
(٥) رد المحتار لابن عابدين ٤٩/٤، المجلة: م/٣١٠-٣١٢، فتح القدير لابن الهمام ١٣٥/٥ وما بعدها. وانظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠٧/١٨.

وسبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية، أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد، كمن اشترى شيئًا واشترط فيه وصفا مرغوبا فيه ففات هذا الوصف، كأن يشترى حصانًا على أنه عربي أصيل فإذا هو هجين، أو اشترى جوادًا على أنه هملاج[1] فإذا هو بطيء، أو سريع في اضطراب وعسر، وكذلك شراء البقرة على أنها حلوب[2]، فإذا تبين أنها ليس لها لبن تسمى به حلوبًا، أو غزيرة اللبن في العرف، يحق للمشتري الفسخ بخيار فوات الوصف المشروط[3].

وينبغي التنبيه إلى أن المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة فلا تستحق إلا بالشرط كما تقرره قاعدة: «مطلق العقد يقتضي وصف السلامة»، وتصرح به صيغتها الأخرى: «المستحق بمطلق العقد صفة السلامة لا نهاية الجودة»[4]، فإذا اشترطت ولم يوف بها ثبت الخيار لمشترطها عملا بقاعدتنا.

فخيار فوات الوصف المرغوب هو حق للمشتري في فسخ العقد لتخلف وصف مرغوب اشترطه في المعقود عليه، وهو خيار يورث بموت مستحقه عند الفقهاء، فينتقل إلى ورثته[5].

وشروط ثبوت الخيار ثلاثة:

١- أن يكون الوصف المشروط مباحًا شرعًا، فإذا كان حرامًا لم يصح.

٢- أن يكون الوصف مرغوبًا فيه عادة، فإذا لم يكن مرغوبًا فيه في العرف،

---

(١) الهملاج: الحسن السير في سرعة وبخترة. انظر: لسان العرب لابن منظور ٢/٣٩٤.

(٢) الحلوب: كثيرة اللبن زيادة عن المعتاد في أمثالها.

(٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/١٥٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٦

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٣٥٢١.

لغا الشرط، وصح البيع، ولا خيار. «كما إذا بيع حصان على أنه أعور أو عينه رمداء أو أن فيه لهثًا فظهر ليس كذلك، أو مال على أن فيه عيبا فظهرت سلامته منه فلا يكون المشتري مخيرًا»[١].

٣- ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤديًا إلى جهالة مفضية للمنازعة؛ فإن فعل فسد البيع والشرط، كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب كذا رطلا يوميًّا، فهذا شرط فاسد؛ لأنه لا يمكن ضبطه[٢].

كما يشترط لبقاء العقد صحيحًا واستلزامه الخيار - عند تخلف الوصف المشروط - أن يكون الموجود داخلا تحت جنس المعقود عليه، أما لو اشترط أن الثوب قطن فإذا هو كتان فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس؛ يقول ابن الهمام مبينًا ذلك: «اعلم أنه إذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدًا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحًا ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجده خيرًا مما شرطه. وضابطه: إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار»[٣]. والضابط لتمييز ما كان جنسًا من غيره هو - كما يقول ابن الهمام أيضًا - «فحش التفاوت في الأغراض وعدمه»[٤]. فما فحش التفاوت بين أغراضه فهو أجناس، وما لم يفحش فهو جنس واحد.

وفرق الزركشي بين اختلاف الجنس والاختلاف في الصفة، ووضع ضابطًا لتأثير فوات الصفة في صحة العقد مع تأكيده على أنه حيث صح العقد يثبت الخيار بفواتها جريًا على قاعدتنا، قال: «الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف العين؟ الضابط فيه: أن ما قام الوصف فيه مقام الرؤية فهو محل القولين

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٥٨.
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٣٥٢١.
(٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام ٦/٣٣٤.
(٤) فتح القدير للكمال ابن الهمام ٦/٣٣٤.

كالنكاح، فإذا شرط في أحد الزوجين وصف إسلام أو حرية فأخلف فالأظهر الصحة، ويتخير إن بان دون المشروط.

وأما ما لا يغني فيه الوصف عن الرؤية كالبيع، فلا ينزل منزلة خلف العين قطعًا، فلو اشترى عبدًا بشرط أنه كاتب، فبان خلافه فالبيع صحيح قطعًا، ولكن يثبت فيه الخيار»[١].

أما اختلاف الجنس، فلهم فيه وجهان، أصحهما أنه كاختلاف العين فيبطل به العقد وفقًا لما سبق تقريره[٢].

وقد «ذهب إلى إثبات هذا الخيار الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح»[٣] كما قال به الزيدية والإمامية وأدرجوه تحت خيار التدليس[٤].

ومجال هذه القاعدة هو عقود المعاوضات.

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: «لا تُصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر»[٥]: ووجه الاستدلال به أن «المشتري لما رأى ضرعًا مملوءا لبنًا ظن أنه عادة لها فكأن البائع

(١) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/١٢٥.

(٢) انظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/١٢٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/١٥٨.

(٤) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٧٥، الروضة شرح اللمعة للعالمي ١/٣٢٩، المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري ص٢٨٣. ولا يخفى أن ابن حزم اقتصر من الخيارات على عدد قليل ليس هذا منها، ومنحى ابن حزم في هذا الباب مماثل لمنحاه في بطلان البيع إن ظهر عيب في المبيع الذي اشترطت سلامته من العيوب. المحلى لابن حزم ٨/٣١٤ - ٥٠٩.

(٥) رواه البخاري ٣/٧٠ (٢١٤٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١١٥٥ (١٤١٢)/(١١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

شرط له ذلك فتبين الأمر بخلافه فثبت له الرد لفقد الشرط المعنوي لأن البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فإذا أظهر المشتري على صفة فبان الأمر بخلافها كان قد دلّس عليه فشرع له الخيار، وهذا هو محض القياس ومقتضى العدل فإن المشتري إنما بذل ماله بناء على الصفة التي أظهرها له البائع»[(١)].

٢- لأن «فوات الوصف المرغوب - بعد أن حصل في العقد الالتزام من البائع به - هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف»[(٢)].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا اشترط في شراء الكلب أن يكون كلبًا صائدًا، فوصف الصيد له مفهوم وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاض على الصيد. والائتمار بأمر مرسله بحيث يرجع إن استدعاه وينطلق إن أغراه، فمتى وجد هذا الوصف ولولم يكن بالصورة المثلى التي يندر معها إفلات الفريسة منه، لم يكن له حق الرد، أما إذا كان لا يصيد أصلا، أو يصيد بصورة ناقصة لا يستحق معها أن يسمى (صائدًا)، فله حق الرد[(٣)]؛ لأن فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار.

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٣٦٧/٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٨/٢٠.

(٣) فتح القدير لابن الهمام والعناية للبابرتي ١٣٥/٥، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٦٥/١٢ يكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها، بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٥، مواهب الجليل للحطاب ٤٤٧/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣٧/٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٥٤/٣.

٢- إذا مات المشتري الذي له خيار الوصف، فظهر المبيع خاليًا من ذلك الوصف المشروط كان للوارث حق الفسخ[١]؛ لأن فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار.

٣- إذا قدم الصانع المصنوع المتعاقد عليه، وقد فات وصف مرغوب فيه اشترطه المستصنع عند العقد، ثبت للمستصنع الخيار بين أن يقبل المصنوع بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع، وإنما جاز له فسخ البيع؛ لأن الوصف أو الأوصاف التي اشترطها المستصنع مرغوب فيها، فإذا فاتت أوجب فواتها التخيير، لأنه ما رضي به دونه[٢]. وفوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار.

٤- لو باع سيارة لا توجد في مجلس العقد، واشترط المشتري أن تكون حمراء، وتبين أنها زرقاء، فلا ينعقد البيع حينئذ لازمًا، بل يكون للمشتري خيار فوات الوصف.

٥- يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج، كمن يتزوج امرأة على أنها جميلة فظهر أنها دميمة، أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب فيثبت للزوج حق الفسخ[٣].

٦- إذا جاء الصانع بالشيء المطلوب مصنوعًا، ولكن تبين أن فيه عيبًا، أو أنه قد فقد فيه بعض الأوصاف المرغوبة للمستصنع التي شرطها في العقد، أو أن فيه مخالفة للأصول المتعارف عليها في صناعة مثل

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٢٠٠.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٤٩، وفتح القدير لابن الهمام ٥/٥٢٨، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٢٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٥٢٦.

ذلك الشيء، ولم يكن الصانع اشترط البراءة من ذلك العيب أو المخالفة، يكون الصانع مسئولا، ولا يلزم المستصنع قبول ذلك الشيء المصنوع على حاله، فإن لم يتمكن الصانع من إتمام النقص أو إصلاح العيب على وجه سليم، ومطابق للمواصفات المتفق عليها والأصول المتعارف عليها، فيكون للمستصنع المطالبة بمصنوع آخر بديل مستكمل للشروط والأوصاف المتفق عليها أو فسخ العقد. وإن تراضيا على تعويض عن النقص جاز[1].

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

(١) فقه المعاملات للدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي: الخيارات في عقد الاستصناع ١/٢٩٩.

رقم القاعدة: ٩٩١

نص القاعدة: النَّقْصُ بِالْبَدَلِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ فِي الْعُقُودِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- النقص يقتضي الخيار[٢].

٢- الخيار إنما يستحق بالنقصان دون الزيادة[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- التراضي هو المناط الشرعي للمعاملات[٤]. (أعم).

٢- فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار[٥]. (تكامل).

٣- النقصان والزيادة في شيء لا يبدل أصله[٦]. (بيان).

٤- كل ما أوجب نقصان القيمة والثمن في عادة التجار فهو عيب يوجب الخيار[٧]. (أخص).

---

(١) التجريد للقدوري ٩/٤٦٠٠.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٥٤.

(٣) الحاوي في فقه الشافعي للماوردي ٩/١٤٢.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٥/٩٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المصدر نفسه ٩/١٢٠.

(٧) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٩٣، انظر: جواهر الكلام لحسن النجفي ٢٤/٢٧٢.

شرح القاعدة :

الخيار في اللغة : طلب خير الأمرين، أو الأمور[١].

والخيار في الاصطلاح الفقهي : هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي[٢].

ولابد من الإشارة إلى أن المبدأ الفقهي هو أن العقد بعد إبرامه يمتنع انفراد أحد العاقدين بفسخه، إلا بتخويل الشارع أحد العاقدين أو كليهما حق الفسخ، بأن يجعل للعاقد الخيار بين المضي في العقد وبين فسخه، وذلك لأحد الأسباب التي اعتبرها الشارع مسوغة لحق الخيار، أو لاتفاق سابق بين العاقدين على منح هذا الحق لأحدهما أو كليهما[٣].

والمراد بالنقص في القاعدة العيب، يقول ابن رشد الحفيد: «والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية، أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع»[٤].

والمراد بالبدل هنا العوض.

ومعظم المراجع الفقهية – الحنفية والشافعية والحنابلة – تسمي هذا الخيار بخيار العيب، وقد يطلق عليه بعضهم أيضًا: خيار الرد بالعيب[٥]. وقد يسمى بخيار النقيصة، يقول الدردير في التوطئة لمباحث العيب: إن خليلا «لما أنهى الكلام عن خيار التروي أتبعه بخيار النقيصة، أي العيب»[٦].

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة: (خير).

(٢) الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة ١/٤٢، ٤٣.

(٣) المرجع السابق، وانظر: المحلى لابن حزم ٧/٥٨٩.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٣/١٩١، ١٩٢.

(٥) المهذب للشيرازي (وغيره) ٢/٦، ١٥، ٤٧، ١١٧

(٦) الشرح الكبير للدردير ٣/١٠٨، وفي الفقه الإباضي. وخيار النقيصة لظهور العيب بعد العقد ويخص المشتري. انظر: شرح النيل لأطفيش ١٤/٣١٢.

ومعنى القاعدة: أنه يثبت لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند ظهور عيب في أحد البدلين ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه، إذا لم يكن العاقد مطلعًا على العيب عند التعاقد. فثبوت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمنًا؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعاقد، وإن لم يشترطها صراحة. فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد، والرضا أساس العقود، فشرع له الشارع الخيار لتدارك الخلل الحادث[١]، أما إن كان أحد العوضين فيه زيادة من القدر المتفق عليه ورضي بها صاحبه، فإنه لا يوجب الخيار للعاقد الآخر؛ لأن الخيار لدفع النقص، ولا نقيصة في حقه، بل هو ازداد خيرًا، والرضا بالشيء رضا بما هو أعلا منه.

وخيار العيب يجعل العقد غير لازم وقابلا للفسخ، فإذا نقض المشتري البيع بخيار العيب انفسخ العقد، ورد المشتري البيع معيبا إلى البائع واسترد الثمن.

فالخيار إذن حكم مرتب على وجود عيب في البدل والعقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، هي، كما يقول ابن رشد الحفيد: «العقود التي المقصود منها المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضًا في أنه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات لغير الثواب، والصدقة. وأما ما بين هذين الصنفين من العقود، (أعني: ما جمع قصد المكارمة، والمعاوضة، مثل هبة الثواب)، فالأظهر في المذهب (يعني المالكي) أنه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل: يحكم به إذا كان العيب مفسدًا»[٢].

ومعرفة النقص في البدل الموجب للخيار غير منضبطة، كما يقول ابن الرشد الحفيد أيضًا: «فأما العيوب التي توجب الحكم: فمنها عيوب في النفس؛

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٢١٢/٤، انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٢٩٨/٨.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٩١/٣.

ومنها عيوب في البدن، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع، وهي تسمى عيوبًا من قبل الشرط؛ ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع، وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة. وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات، وليس فقدها نقصًا مثل الصنائع، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس، وقد يوجد في أحوال الجسم.

والعيوب الجسمانية: منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس. والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية، أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان، والعوائد، والأشخاص، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع، كالخفاض في الإماء، والختان في العبيد.

ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك»[١]؛ لأن «الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس»[٢].

ولم يأت ابن رشد بضابط لذلك بل اكتفى بذكر مسائل مما «اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصًّا عمن تقدمه، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره»[٣]. ثم إن المسائل التي جاء بها أغلبها في فقه العبيد.

وقال الرافعي في ضبطه: «إن أردت ضبطًا فأشد العبارات تلخيصًا ما أشار إليه الإمام وهو أن يقال: يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص للقيمة أو

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/١٩١، ١٩٢.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ١٢/٣٠٩.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/١٩٢.

العين نقصانًا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه»[١].

ويشرط في العيب الموجب للحكم به «أن يكون حادثًا قبل أمد التبايع باتفاق، أو في العهدة عند من يقول بها» وهو الإمام مالك، «وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم، ومعنى العهدة: أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع»[٢].

وثبوت الخيار بوجود النقص في البدل محل اتفاق بين الفقهاء بالجملة مع مراعاة بعض التفاصيل. يقول ابن رشد الحفيد:

«العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير، وإذا وجدت العيوب فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار، أو عروض، أو في حيوان.

فإن كان في حيوان: فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه، أو يمسك، ولا شيء له.

وأما إن كان عقارًا: فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير، والكثير، فيقول: إن كان العيب يسيرًا لم يجب الرد، ووجبت قيمة العيب، وهو الأرش، وإن كان كثيرًا وجب الرد، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل.

وأما العروض: فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول في المذهب، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدي، رحمة الله عليهما. وكان يقول: إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول، والعروض. وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز الشرح الكبير للرافعي ٨/ ٣٣٠.
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/ ١٩٣.

العيب الكثير والقليل في الأصول (أعني: أن يفرق في ذلك أيضًا في العروض)، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الأصول، ولم يختلف قولهم في الحيوان: إنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير»[1].

وينبغي التنبيه على أنه: «إذ قد قلنا إن المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه، أو يمسك ولا شيء له، فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي، فإنه قال: ليس لهما ذلك؛ لأنه خيار في مال، فلم يكن له إسقاطه بعوض كخيار الشفعة. قال القاضي عبد الوهاب: وهذا غلط؛ لأن ذلك حق للمشتري، فله أن يستوفيه (أعني: أن يرد ويرجع بالثمن، وله أن يعاوض على تركه)، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه، وهذا لا خلاف فيه»[2].

ومجال القاعدة النقص بالبدل في عقود المعاوضات، كالبيع أو الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن المال، وبدل الصلح عن دم العمد، وفي المهر، وبدل الخلع...

أدلة القاعدة:

١- قول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[النساء: ٢٩].

ووجه الاستدلال بهذه الآية ما ذكره الكاساني، قال: «المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضيًا للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/١٩٤، ١٩٥.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/١٩٥.

العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار، ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري، ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتا للحكم على قدر الدليل»[١].

٢- قوله ﷺ: «لا تُصرْوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع من تمر»[٢].

«والنظران المذكوران هما: نظر الإمساك والرد». ويقاس على البيع غيره من العقود[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية، يثبت الخيار[٤]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٢- لو أن شخصًا استأجر دارًا من آخر، وأبقى المؤجر أمتعته في إحدى الغرف، ولم يسلم تلك الغرفة، فالمستأجر هنا مخير في فسخ الإجارة أو الدوام عليه[٥]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٣- إذا وجد أحد الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيبا قديما قبل أن يتسلم

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥/ ٢٧٤.

(٢) رواه البخاري ٣/ ٧٠ (٢١٤٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/ ١١٥٥ (١٤١٢)/(١١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ٢٧٤.

(٤) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٥١.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٣٥.

المعقود عليه فلا خيار له، ولو كان ظهوره بعد العقد وقبل التسليم يثبت له الخيار[1]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٤- إذا ادعى شخص دينا فصالح على دابة، فله ردها بعيب كالبيع فإن ردها بحكم كان فسخا للصلح ولمن ردها عليه أن يردها على بائعه[2]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٥- المهر يثبت الخيار فيه بفاحش العيب لا بيسيره، والعيب الفاحش في المهر كل ما يخرجه من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الرديء[3]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٦- إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً بخيار العيب أو بخيار الوصف إذا كان النقص من قبيل الوصف إن شاء قبله وإن شاء ردَّه[4]؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

٧- من اشترى شيئًا فوجد به عيبا تنتقص به قيمة المبيع فله الخيار في الإمساك والرد؛ لأن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود.

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٦٣، والعقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٧٦.

(٢) انظر: الخيار وأثره في العقود لعبد الستار أبي غدة ٢/٤٠٩.

(٣) انظر: جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١/٢٥٠، والفتاوى الهندية ٣/٦٦.

(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/٨٥٦.

رقم القاعدة: ٩٩٢

نص القاعدة: لا يَجْتَمِعُ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا يُجمع بين تملك البدل والمبدل[٢].

٢- لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد[٣].

٣- الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الأصول[٤].

٤- لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد[٥].

٥- الأصل ألا يجتمع العوضان لشخص واحد[٦].

---

(١) الحجة للشيباني ٤/٣٦٨، المبسوط للسرخسي ٨/٢٠، وبنحوه في ٩٧/٢٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٠٥/٤. وفي لفظ: "لا يجتمع البدل والمبدل لشخص واحد" شرح مختصر الخرقي للزركشي ١٨٠/٤. وبنحوه في أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٥٠/٣، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى الزيدي ٢٨١/٦.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٣٤٥/٩.

(٣) تبيين الحقائق ٢٣٢/٣، ٦١/٤. وبنحوه في اللباب للميداني ٨٥/١. وفي لفظ: "لا يجتمع العوضان لواحد" قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٣٠٨/٢.

(٤) المجموع للنووي ٢٣٩/١٤.

(٥) الفروق للقرافي -وما معه- ٢/٣. وبنحوه في الذخيرة للقرافي٤٠٧/٣، شرح النيل لأطفيش١٦/١٠.

(٦) قواعد المقري ٤٦٣/٢. وبنحوه في تهذيب الفروق للمالكي ٢/٣، ومقدمة شرح الأزهار لابن مفتاح ١٦/١.

٦- لا يصح اجتماع العوضين في ملك واحد[١].

٧- لا يجتمع العوض والمعوَّض[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- المناط الشرعي في جميع المعاملات هو التراضي[٣]. (تعليل).

٢- المعاوضات تقتضي سلامة العوض[٤]. (متكاملة).

٣- مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين[٥]. (متكاملة).

٤- لا يجوز اجتماع بدلين عن مبدل واحد[٦]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

المراد بالبدل والمبدل منه في هذه القاعدة العوض والمعوَّض، كالثمن والسلعة، والأجرة والمنفعة، ونحو ذلك من الأشياء. هذا هو الأصل، لكن الفقهاء ألحقوا أيضًا الأجر والعوض الأخروي بهذه الأعواض؛ ولذلك قالوا بعدم جواز الاستئجار على الطاعات، كما سيأتي في أثناء ذكر التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

---

(١) زواهر الجواهر للتمرتاشي ١/٢٦٧/أ. وانظر أيضًا: قواعد البجنوردي ٣/٧٣- ٨٦، القواعد والفوائد للعاملي ٢/٢٩٩، نضد القواعد للسيوري ص ٣٤٢.

(٢) المبدع لابن مفلح ٧/٢٢٩.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٤/٢٦٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات".

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٨٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "مطلق العقد يقتضي وصف السلامة".

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٨٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة".

(٦) التجريد للقدوري ٧/٣٣٤٧.

ومعنى القاعدة: لا يجوز ولا يصح شرعًا أن يجتمع البدلان: العوض والمعوَّض، في ملك شخص واحد في عقود المعاوضات والمعاملات التي يجب فيها أن يدفع الإنسان عوضًا عما استحقه، فمتى كان التصرف يؤدي إلى الجمع بينهما لشخص واحد مُنع منه شرعًا.

ولا شك أن هذا من تمام العدل في هذه الشريعة الغراء، حيث إنها لا تجيز للمكلف أن يتملك الشيء وعوضه في آن واحد - إلا برضا من صاحب الحق – كما أنها تقضي بأن يكون العوض سليمًا من العيوب، وتحظر أن يجتمع عوضان عن عوض واحد؛ وذلك لأن «مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلي»، وتملك شيء مع بدله، أو تسليمه معيبًا فيه ظلم للعاقد الآخر، وهذا ما لا يرضاه الشارع الحكيم العادل، كما أنه مخل برضا أحد العاقدين، ولا يخفى أن الرضا من أهم شروط صحة العقود.

وهذه القاعدة مجمع عليها بين الفقهاء[1] في الجملة، فلا يجيز أحد منهم اجتماع عوضين لشخص واحد، وإن كان الخلاف واردًا في بعض مسائلها؛ بناء على اختلافهم في تحقيق مناط القاعدة في تلك الفروع، أو لغير ذلك من الأسباب. فمثلا: الغاصب إذا تمزق الثوب وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع القيمة؛ فقال الحنفية: إن الغاصب غرم القيمة وملك المرضوض والممزق؛ استدلالا بأن لا يصير جامعا بين البدل والمبدل. وقال الشافعية: إن المغصوب منه يأخذ المرضوض والممزق، ويأخذ قيمتهما كاملة، قالوا: إن القول بأن المغصوب منه جمع هنا بين البدل والمبدل غير صحيح؛ لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي، فلم يكن جمعا بين البدل والمبدل[2].

---

(١) انظر: تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي المطبوع بهامش كتاب الفروق ٣/٣.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ١٣٩/٧، المجموع ٢٤٤/١٤.

ومذهب الحنابلة مثل مذهب الشافعية، غير أنهم عللوا ذلك بأن المالك إنما ملك القيمة لأجل الحيلولة، لا على سبيل العوض. انظر: المغني لابن قدامة ١٦٠/٥.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القرافي ذكر بعض ما اعتبره مستثنى من القاعدة، منها: الإجارة على الإمامة في الصلاة – على قول من يقول بجواز الأجرة عليها. ووجه كونها استثناء من القاعدة: هو أن الإمام يحصل له ثواب صلاته، فلو حصلت له الأجرة أيضًا، لحصل له العوض والمعوض منه، وهو غير جائز. لكنها أجيزت بإزاء ملازمة المكان المعين، وهو غير الصلاة[1].

ومنها أيضًا: المسابقة بين الخيل؛ لأن السابق يريِّض نفسه وفرسه استعدادًا للجهاد في سبيل الله، فكان له بذلك أجر، كما أنه يأخذ السبق إذا استحقه، فاجتمع له العوض والمعوض[2].

لكن هذه المستثنيات لم يسلمها ابن الشاط، وعقب عليها بقوله: «للقائل أن يقول ليس المبذول فيها عوضًا عن الثواب بل هو معونة على القيام بتلك الأمور، فللقائم بها ثوابه ولمن تولى المعونة ثوابه، فلم يجتمع العوضان لشخص واحد بوجه، والله تعالى أعلم» اهـ[3].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة وأمثالها من النصوص هو أنها تنهى عن أكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن اجتماع عوضين لشخص واحد في عقود المعاوضات من أكل أموال الآخرين بغير حق[4].

---

(١) انظر: الفروق للقرافي – وما معه- ٢/٣، قواعد المقري ٤٦٣/٢، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١٠٢/٢.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) إدرار الشروق لابن الشاط ٢/٣. وانظر أيضًا: قواعد المقري ٤٦٣/٢، شرح المنهج المنتخب ١٠٢/٢.

(٤) انظر: تهذيب الفروق ٢/٣، الإعلام لأبي الوفاء ٣٧/٨، نظرية الضرورة للزحيلي ص ٢٧٤.

٢- وقد انعقد الإجماع على معنى القاعدة في الجملة، كما أسلفنا[١].

٣- ويدل لها من المعقول ما تقرر من أن: «المناط الشرعي في جميع المعاملات هو التراضي». واجتماع البدلين لشخص واحد يخل بهذا الأصل؛ لأنه يعني أن العاقد يسلم البدل ولا يستلم المبدل، فمن لم يأخذ عوضًا عما دفعه فقد فات رضاه، فلم يترتب على العقد أثره الشرعي.

٤- و«لأن المعاوضات إنما جوِّزت لمصالح المتعاقدين، فلا تختص بأحدهما»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو أن رجلا اشترى سيارة من شخص، فباعها المشتري من آخر، فاستُحقَّت من يد المشتري الثاني، ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعها ما لم يُقْضَ عليه بالثمن للثاني؛ كي لا يجتمع بدلان في ملك واحد[٣].

٢- الثمن والسلعة لا يجوز أن يكونا للبائع وحده، ولا للمشتري وحده، بل يجب أن يكون الثمن للبائع، والسلعة للمشتري؛ لأن البدل والمبدل منه لا يجتمعان في ملك شخص واحد[٤].

٣- عقد الإجارة يشترط فيها أن تحصل المنفعة للمستأجر، والأجرة للمؤجر، وإلا اجتمع العوضان في ملك واحد، وهذا لا يجوز[٥].

---

(١) انظر: تهذيب الفروق ٣/٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨٩/٢.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٥٦/٢. وانظر أيضًا: الذخيرة للقرافي ٤٠٧/٣، القواعد الفقهية للبجنوردي ٧٣/٣.

(٣) انظر: نظيره في تبيين الحقائق للزيلعي ١٦٦/٤ – ١٧٧.

(٤) انظر: الفروق للقرافي – ومامعه - ٢/٣، شرح المنهج المنتخب ١٠٣/٢، موسوعة القواعد الفقهية ٨٩/٢.

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٢٨٢/١٢، غاية البيان للرملي ٢٢٥/١.

٤- إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها، فضَمَّنَها الغاصب، واختار المغصوب منه الضمان، زال ملكه عنها وملكها الغاصب ضرورة؛ كي لا يجتمع البدل والمبدل منه لشخص واحد(١).

٥- لا تصح الإجارة على الطاعات، كالإيمان والجهاد والصلاة؛ لأنها لو صحت لاجتمع الأجر والأجرة لواحد(٢).

٦- من سرق شيئًا، فضاع منه، فقضي عليه بدفع مثله – أو قيمته – فدفعه إلى مالكه، ثم وجد المسروق، لا يجب عليه رده على مالكه؛ لأنه لما دفع المثل – أو القيمة – إلى المالك انتقل ملك المسروق إلى الغارم؛ لعدم صحة الجمع بين البدل والمبدل منه(٣). وكذلك لو سرق الثوب فشقه بحيث لا ينتفع به للبس، فضمن قيمته، واختار صاحب المال القيمة، ملك السارق الثوب المشقوق؛ لئلا يجتمع البدل والمبدل منه لصاحب المال(٤).

٧- من استأجر دابة، فزاد على القدر المتفق عليه في عقد الإجارة ما يُعطب مثله، فعطبت الدابة، خُيِّر مالك الدابة بين كراء المثل في الزائد وبين قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له، ولا يجمع له بين

---

(١) المسألة خلافية، والمذكور هنا هو مذهب الحنفية. انظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٩٦/٣، البحر الرائق لابن نجيم ١٣٥/٨، الحاوي الكبير للماوردي ٢١٦/٧.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٥٦/٢، الفروق – وما معه- ٢/٣، شرح النيل لأطفيش ١٦/١٠.

ومسألة أخذ الأجرة على الطاعات فيها بعض تفصيل، انظره في: الموسوعة الفقهية ٢٩١/١.

(٣) انظر: مباني تكملة المنهاج للخوئي ٣١٧/١.

(٤) هذه المسألة أيضًا فيها خلاف، والمذكور مذهب الحنفية. انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٤/٩، المجموع للنووي ٢٤٤/١٤، المغني ١٠٤/٩.

البدل الذي هو القيمة والمبدل الذي هو منفعة العين التابعة للعين المأخوذ البدل عنها[١].

٨- من غرَّ رجلا بأن فلانة (امرأة بعينها) قد أذن الولي في نكاحها، أو بأنه هو وليها، فتزوجها على مهر مسمى، ودخل بها، ثم ثبت أنه قد غرر به، فقد انفسخ النكاح، لكن لا يرجع بالمهر على الغار؛ لأن غرم المهر بدل من استهلاكه للبضع واستمتاعه به، فلم يجز أن يرجع بغرم ما أوجبه استهلاكه، وإن كان مغروراً كالمغرور في مبيع قد استهلكه، ولئلا يجمع بين تملك البدل والمبدل، وقد تملك الاستمتاع الذي هو معوض مبدل، ولم يجز أن يتملك المهر الذي هو عوض بدل[٢].

٩- من أبان سنًا فوداها ثم ردت فثبتت كما كانت استرجعت الدية؛ لئلا يجتمع للمجني عليه بين البدل والمبدل[٣].

استثناءات من القاعدة

من غصب حنطة فبللها بللا يسري إلى التلف، فالمذهب عند الشافعية أنها كالتالفة فيأخذ بدلها من الغاصب، وتكون الحنطة للمالك - في أحد الوجهين عندهم؛ كي لا يكون العدوان قاطعًا حقه كما لو نجَّس زيته - وقلنا يطهر بالغسل - فإن المالك أولى به[٤].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/٥٠٩.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/٣٤٥.

(٣) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٦/٢٨١.

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/٩٨.

رقم القاعدة: ٩٩٣

نص القاعدة: الْأَثْمَانُ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ بِالتَّعْيِينِ(١).

صيغ أخرى للقاعدة(٢):

١- النقود لا تتعين في عقود المعاوضات(٣).

٢- النقود لا تتعين في العقود بالتعيين(٤).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٨٣. ووردت بدون عبارة "في العقود" في العناية شرح الهداية للبابرتي ٦/١٦٩، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٣٦، حاشية ابن عابدين ٥/١٧٥.

(٢) وللقاعدة صيغ أخرى كثيرة جدًا، ما يدل على شهرتها واهتمام الفقهاء بها، فمن ذلك:

- الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ. (العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/٤).
- النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها. (تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٥٣).
- الفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين. (غمز عيون البصائر للحموي٣/٣٥١).
- الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات. (بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٠٤).
- الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود. (البناية للعيني ٦/٤٦١، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٤٩٨).
- لا يتعين النقدان والفلوس النافقة وإن عُينا. (مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١١٢).
- النقود لا تتعين ولو عينت في عقود المعاوضات. حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣/١٤.
- النقدان لا يتعينان في المعاوضات عينًا كانا أو دَينًا. تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٦٩، ٣٠٦.
- الأثمان لا تتعين بالتعيين وغيرها يتعين. الاختيار للموصلي ٢/٣٦.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤/١٥. ووردت بلفظ "النقود لا تتعين في المعاوضات" شرح المجلة للأتاسي ٢/٣٥٤.

(٤) المبسوط ٢٢/١٧٠. ووردت بدون لفظ "بالتعيين" في المبسوط ٢/٢٠٩، ١٢/١٩٨، ١٤/٦٥، ووردت بلفظ "النقود لا تتعين في العقد" المبسوط ١١/٤.

٣- لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد[١].

٤- الأصل المعروف أن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ[٢].

٥- الأثمان لا تتعين عند الفسخ كما لا تتعين عند البيع[٣].

٦- الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ[٤].

٧- النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- النقود تتعين بالتعيين في العقود[٦]. (مخالفة للقاعدة)[٧].

٢- ما عدا النقود يتعين في العقود[٨]. (مفهوم للقاعدة).

٣- يتعين النقدان في التبرعات[٩]. (مكملة للقاعدة).

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/١٩١، شرح المجلة لسليم رستم باز ١٢٤/٠، مرآة المجلة ليوسف آصف ١/١١٢، عقد البيع لمصطفى الزرقا ص ٨٠.

(٢) المبسوط ٣/٥٠، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٣٦/٤١، الدر المختار للحصكفي ٣٣٥/٢.

(٣) المحيط البرهاني لابن مازه ١٢١/٧.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ٤/٥.

(٥) القواعد لابن رجب الحنبلي ص٤١٤.

(٦) المغني لابن قدامة ١٧٨/٤، ٣٠٤/١٢، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ١٦٠/١.

(٧) وقد وردت صيغ كثيرة تبين الخلاف في القاعدة، فمن ذلك:

- الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد. (زاد المستقنع للحجاوي ١٠٩/١، الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع للبهوتي ٢٢٩/١).
- الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في جميع عقود المعاوضات. (الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوي ١٢٣/٢).
- النقود تتعين بالتعيين. شرح الزركشي لمختصر الخرقي ٤٦٨/٣.

(٨) جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١٦٥/١.

(٩) جامع الفصولين ١٦٧/١.

٤- النقود تتعين بالتعيين في الأمانات[1]. (مكملة للقاعدة).

٥- العروض تتعين بالتعيين[2]. (مكملة للقاعدة).

٦- عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير[3]. (مبينة للقاعدة).

٧- الأصل أن كلا من الثمن والمثمن مقصود بنفسه[4]. (تعليل لمخالفي القاعدة).

شرح القاعدة :

الثمن لغة : ما يستحق به الشيء عوضًا عما يباع، فهو ما يتراضى عليه المتعاقدان ويأخذه البائع في مقابل المبيع، ويطلق أيضًا على قيمة الشيء ومقداره الحقيقي[5].

واصطلاحًا : عرفه الحنفية بأنه: «ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة»[6].

أما الجمهور فيقصدون به النقد أي الدراهم والدنانير. فعرفه الحطاب من المالكية فقال: «الثمن: الدراهم والدنانير، وما عدا ذلك مثمنات»[7]. وعرفه النووي من الشافعية بقوله: «الأثمان هي الدراهم والدنانير خاصة»[8]. وعند الحنابلة: الدراهم والدنانير لا يكونان ثمنًا إلا إذا دخلت عليهما الباء، فلو

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٢/٢٧٢.

(٢) الذخيرة للقرافي ٥/٤٧٩.

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ٣/٣٥٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/٢٧٠.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور، القاموس المحيط للفيروز آبادي- مادة (ثمن).

(٦) حاشية ابن عابدين ٧/٣٧٥. وعرفته المجلة بأنه: "ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة" المادة ١٥٢.

(٧) حاشية ابن عابدين ٧/٣٧٥. وعرفته المجلة بأنه: "ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة" المادة ١٥٢.

(٨) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص٢٠٥. وانظر: المجموع شرح المهذب للنووي ٩/٣٣٠.

دخلت على غيرهما كانا مبيعين[١] فلم يعرف الجمهور الثمن من حيث ماهيته، وإنما عرفوه بما يميزه عن المثمن، فلم يجعلوا له تعريفًا خاصًا وإنما حددوا فقط ضوابطه التي تميزه عن المبيع. ولا يقتصر الثمن عندهم على النقود كما قد يُتوهم، وإنما يكون المال المثلي ثمنًا في حالات كما يكون المال القيمي ثمنًا في حالات أيضًا[٢] فالثمن يكون عينًا أو عرضًا أو طعامًا، ولكن لما كان الغالب الشراء بالنقد أطلق الفقهاء الثمن عليها. وعند الحنفية أيضًا إذا أطلق الثمن فالمراد به الدراهم والدنانير[٣].

أما المعاصرون فعرفوا الثمن بأنه: «العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة المبيع عينًا كان أو سلعة»[٤].

والنقود اصطلاحًا عند جمهور الفقهاء: هي الذهب والفضة، أي الدراهم والدنانير. وخصها المالكية بالمسكوك منها فقط[٥]. وعند المعاصرين: تطلق النقود على جميع ما تتعامل به الشعوب من دنانير ذهبية ودراهم فضية وفلوس نحاسية وصكوك ورقية. فالنقود وسيلة للتبادل ومعيار للسلع والخدمات على أي حال كانت، ومن أي مادة اتخذت سواء من الذهب والفضة أو الجلود أو

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٤٤.

(٢) جاء في الشرح الصغير للدردير: "(فمن باع) شيئًا (بجنس ثمنه) الذي باعه منه (من عين أو طعام أو عرض) بيان للثمن". الشرح الصغير للدردير ٢/ ٢٠٥.

(٣) والدراهم والدنانير أثمان مطلقًا عند الحنفية من غير شرط سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وسواء دخلت عليها الباء أو لا. وعند المالكية: أنهما ثمنان عرفًا لجريان العرف باعتبار النقود هي الثمن وما عداها مبيعات. وعند الشافعية: أثمان مطلقًا إلا إذا قوبلا بجنسهما فيكون الثمن عندئذ ما دخلت عليه الباء. وعند الحنابلة: لا يكونا ثمنًا إلا إذا دخلت عليهما الباء فلو دخلت على غيرهما كانا مبيعين. انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٤٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي٢/ ٤٤، ضوابط الثمن تطبيقاته في عقد البيع لسمير جاب الله ص٥٣، ٥٤.

(٤) القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب: مادة (ثمن). وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: "ما يتراضى عليه المتبايعان مقابلا للمبيع". الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٤٠٣.

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة ١٣٠، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٨.

الحديد أو الورق ما دام الناس قد تعارفوا على اعتبارها نقودًا[١].

وعلاقة الثمن بالنقود تتمثل في أن الثمن يؤدى في عقد البيع على شكل نقود، فالدراهم والدنانير أو الفلوس أو غيرها من الأوراق الورقية هي في الحقيقة نقود، فإذا استخدمها المشتري في عقد بيع وأداها في مقابل المبيع شكلت هذه النقود الثمن الذي استُحق به ذلك المبيع[٢].

فالمقصود بالثمن في القاعدة النقود بكل أشكالها، سواء كانت دراهم فضية أو دنانير ذهبية أو فلوسًا نحاسية أو نقودًا وصكوكًا ورقية.

والمقصود بالعقود في القاعدة: عقود المعاوضات.

ومعنى عدم تعيين النقود: أن العقد ورد على الذمة لا على العين[٣].

ومعنى القاعدة: أن الثمن إذا كان نقودًا فإنها لا تتعين في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة. ويقع التعامل بها على الذمم؛ لأن العقد ثابت في الذمة، ولا يتصور استحقاق شيء ثابت في الذمة، أو هلاكه. فمن عليه لغيره نقود معينة فله أن يعطي صاحبها غيرها وتبرأ ذمته؛ لأن خصوص الدراهم والدنانير لا تتعلق بها الأغراض حيث إنها من المثليات فسقط اعتبارها في نظر الشرع. أما إذا كانت الأثمان في المعاوضات من غير النقود، فإنها تتعين بالتعيين؛ لأنها إذا عينت تكون مبيعة من وجه ومقصودة بالذات[٤]. أما في غير

---

(١) انظر: استبدال النقود والعملات لعلي السالوس ص٢١- ١٦٧، المعاملات المالية المعاصرة لمحمد عثمان شبير ص١٣٧- ١٥٤. وفي ذلك يقول الإمام مالك بن أنس: "ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة". المدونة لسحنون ٥/٣.

(٢) انظر: ضوابط الثمن تطبيقاته في عقد البيع لسمير جاب الله ص٧٨. وجاء في في مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٥١/١٩، ٢٥٢. "والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثمانًا، بخلاف سائر الأموال فإن المقصود الانتفاع بها نفسها".

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٦٨/٤.

(٤) انظر: الفروق ١٣٥/٢، ١٣٦، التاج والإكليل للمواق ٤٨٥/٤.

المعاوضات كالأمانة والوكالة والشركة والمضاربة فإنها تتعين بالتعيين؛ لأنها لم تكن وسائل لغيرها بل تكون مقصودة بالذات، فإذا هلك رأس مال أحد الشريكين قبل الشراء وقبل الخلط تنفسخ الشركة.

وهذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء[١]، والخلاف فيها جارٍ حتى داخل بعض المذاهب.

فعند الحنفية[٢] والمشهور من مذهب المالكية[٣]، ورواية عن الإمام أحمد[٤]، وهو قول الزيدية[٥] والإباضية[٦] أن الأثمان إذا كانت نقوداً فإنها لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كلها، فإذا اشترى بألف ريال فله دفع ريالات غيرها. فإن كان البائع ممن يتعامل بالحرام ورد المشتري المبيع وطلب عين الثمن، فعند المالكية تتعين النقود بالتعيين لخوف عدم البركة في مال البائع[٧].

وعدم تعين النقود في عقود المعاوضات وفسوخها يكون في حق الاستحقاق لا غير، ولا يكون في حق الجنس والقدر والصفة، فالمشتري مخير

---

(١) وقد ذكر هذا الخلاف غالب الفقهاء، كالشيخ ميارة في شرحه على نظم التكميل، حيث قال: "الدنانير والدراهم هل تتعين بالتعيين أو لا؟". وكذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في (مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٣/٢٩) حيث قال: "الدراهم هل تتعين بالتعيين في العقود والقبوض؟".

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٢٣/٧ - ٣٢٢٥، البناية شرح الهداية للعيني ٦٢١/٧، الفتاوى الهندية ١٢/٣، شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٤٦٨/٥.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ١٣٥/٩، المنتقى شرح الموطأ ٢٦٨/٤، الفروق ١٣٥/٢، ١٣٦، حاشية الدسوقي ١٥٥/٣.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ١٠٢/٦، الإنصاف للمرداوي مع الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة شمس الدين ١٢٦/١٢، مجموع الفتاوى ٢٤٣/٢٩.

(٥) انظر: التاج المذهب في أحكام المذهب للعنسي ١٣٥/٣، شرح الأزهار للمرتضى ١٥٧/٣- ٣١٥- ٥٢٦.

(٦) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦٧/١٠.

(٧) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش ٢٥٤/٥.

بين إعطاء النقد الذي اشترى به أو إعطاء مثله؛ لأن البائع لم يستحق عين ما جرى العقد عليه، وإنما استحق مثله، لكن وإن قلنا بأنه لا يجب عليه عينها، فإنه لا يعني أنه لا يجب عليها مثلها جنسًا وقدرًا وصفة. فلو اشترى بألف ريال مثلا فإنها لا تتعين عليه، لكن يتعين عليه جنسها، أي الريالات، ويتعين قدرها فيجب عليه ألف، وتتعين عليه صفتها كأن تكون جيدة أو رديئة[1].

ووجه القول بأن الأثمان النقدية لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات، أن المبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين. فالمبيع والثمن من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة. فالدراهم والدنانير على هذا الأصل أثمان لا تتعين في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق وإن عُينت، حتى لو قال: بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير كان للمشتري أن يمسك المشار إليه ويرد مثله[2].

وقد استثنى المالكية من هذا الحكم، الصرف والكراء، فتتعين النقود بالتعيين فيه لاشتراط القبض فيه في المجلس[3].

وإذا كانت النقود غالبها الغش، فإن كانت رائجة فلا تتعين بالتعيين، لكونها أثمانًا بالاصطلاح، فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية، لقيام المقتضي. وإن كانت غير رائجة فتتعين بالتعيين؛ لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح؛ لأنها في الأصل سلعة، وإنما صارت أثمانًا بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها.

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/٣٥٣، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/٤٤، ٤٥، منح الجليل لعليش ٥/٢٥٤.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/١٥٣، والمجلة مادة ٢٤٣، ٢٤٤، ودرر الأحكام لعلي حيدر ١/١٩١، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٩٩، ٦/٢١٨، العناية للبابرتي ٥/٨٣، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٢٦٨، وحاشية الدسوقي على الشرحي ٣/١٥٥، المغني مع الشرح الكبير لابني قدامة ٤/١٦٩، ١٧٥.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٢٥٨، جواهر الإكليل لعبد السميع الآبي ٥/١٣، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٧٨.

وهناك فرق بين كون الذهب والفضة نقودًا مسكوكة، وكونهما معادن في قابلية التعيين وعدمها في المعاوضات، وقد وضح هذا الفرق الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: «الذهب والفضة إذا كانا معدنا غير مسكوك اعتبرا أثمانًا في المعاوضات، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات، فمن اشترى سبيكة من ذهب، أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها، ولو مماثلا لها في مقدارها ومعيارها، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري. وأما إذا كانا مسكوكين دنانير أو دراهم، فاشترى شيئًا بدينار، أو درهم معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به، وتم العقد، فإنه لا يجبر على أدائه بعينه، بل له أن يدفع سواه من الدراهم، أو الدنانير المماثلة، فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار، أو درهم مجرد مطلق عن التعيين. وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية، فإن الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك - وهي أنه وسيط بين الإنسان وحاجاته، وليس مقصودًا لذاته - تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هذه الوساطة، ما دامت قيمتها متساوية»[1].

ويرى الشافعية[2] والحنابلة في الراجح من المذهب[3]، والظاهرية[4]، وزفر والكرخي من الحنفية[5]، وابن القاسم وأشهب من المالكية[6]، وهو قول الجعفرية[7] أن الأثمان تتعين بالتعيين في العقود كلها، كالبيع والصلح والأجرة

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١٤١/٣ - ١٤٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٧١/٢، المنثور في القواعد للزركشي ١٦٠/٣، المهذب للشيرازي ٢٢٦/١، المجموع للنووي ٤٩٣/١٠، روضة الطالبين له ٥١١/٣.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص٤١٥، المغني لابن قدامة ١٦٩/٤، الإقناع للحجاوي ١٢٣/٢، كشاف القناع للبهوتي ٢٧٠/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٨٧/٣.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٤٨٩/٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٢٤/٧، فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٦٨/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٠٧/٤، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١٦٤/١، ١٧٣.

(٦) انظر: الفروق للقرافي ١٠١/٢.

(٧) انظر: الروضة البهية للعاملي ٣٨٧/٣.

والصداق والخلع وغيرها. ومقتضى التعيين عندهم: أن أعيان الدراهم والدنانير وسائر النقود تملك بالعقد، وأن تعيينها يمنع استبدالها، ويمنع ثبوت مثلها في الذمة، وأنها إن خرجت مغصوبة بطل العقد[١]. ويحصل التعيين بالإشارة، سواء أضم إليها الاسم أم لا، كقوله: بعتك هذا الثوب بهذه النقود، أو بهذه فقط، من غير ذكر النقود. أو بعتك هذا بهذا من غير تسمية العوضين. فيتعين المشار إليه، حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار إليها، كما في سائر الأعيان المشار إليها، ولو هلك قبل القبض يبطل العقد، كما لو هلك سائر الأعيان، ولا يجوز استبداله. ويحصل التعيين كذلك بالاسم كبعتك داري بموضع كذا، أو بما في يدي، وهما يعلمان ذلك[٢].

وقد وقع خلاف قديم بين الفقهاء في الفلوس[٣]، هل هي عروض أو أثمان؟ والجمهور في السابق على أنها عروض[٤]. أما في هذا العصر، فلا يكاد يوجد خلاف بين المعاصرين في أن النقود الورقية تعد بديلا عن النقود الذهبية والفضية وتأخذ صفة الثمنية ولها جميع أحكامها، ومن هذه الأحكام أنها لا تتعين بالتعيين. يقول الدكتور علي السالوس: «ولسنا في حاجة إلى مناقشة هذا الخلاف الذي كان له ما يبرره في عصر النقود السلعية من الذهب والفضة، أما في عصرنا فإن النقود الورقية لا تتعين بالتعيين قطعًا، وهذا أمر واضح جلي»[٥] فتعامل الناس بهذه النقود الورقية في كل البلاد، واعتماد السلطات لها، وجريان العرف بها، يجعلها بديلا للذهب والفضة؛ لأنها تقوم بوظائفهما كنقدين، فهي

---

(١) انظر: أشباه ابن السبكي ٢/ ٢٧٠، الإفصاح لابن هبيرة ١/ ٣٣٧.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/ ١٨٨، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٧١.

(٣) الفلوس هي ما ضُرب سكة من المعادن من غير الذهب والفضة وصار نقدا في التعامل عرفا وثمنا باصطلاح الناس. انظر: المعاملات المالية المعاصرة لشبير ص١٣٩.

(٤) انظر: المدونة لسحنون ٣/ ٦٢٩، روضة الطالبين للنووي ٣/ ٣٧٨، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٥٢.

(٥) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر للدكتور علي السالوس ص ١١٦.

أداة لاختزان القوة الشرائية، ووحدة للحساب، ووسيط للتبادل. فالدول المعاصرة اعتبرتها نقودًا ومعيارًا للسلع والخدمات وألزمت التعامل بها، فلو أبطلنا ثمنيتها لترتب على ذلك ضياع أموال الناس وتعطيل كثير من الأحكام الشرعية. وبإلحاق الأوراق النقدية بالذهب والفضة تصبح هذه النقود الورقية هي الثمن، وغيرها من السلع التي تقابل بها في عقد البيع هي المبيع كما هو الحال بالنسبة للذهب والفضة. والقول بأن النقود الورقية لا تتعين بالتعيين فيه رفع للحرج في التعامل وتسهيل مهمة النقد المسكوك التداولية[١].

ومجال العمل بالقاعدة عند القائلين بها يشمل عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، ويشمل العقود كلها عند المخالفين؛ فيدخل فيها الشركات والوكالات والأمانات والهبات والوصايا والغصوب وغيرها.

أدلة القاعدة:

استدل القائلون بأن النقود لا تتعين في عقود المعاوضات بما يلي:

١- عن ابن عمر - رضي الله عنها- قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن

(١) انظر: ضوابط الثمن وتطبيقاته لسمير جاب الله ص١٦٧، القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١/٣٠٥.

تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»[١]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقر ابن عمر، رضي الله عنها، على استبدال الدنانير والدراهم ببعضها، ولو كانت تتعين بالتعيين لما جاز الاستبدال؛ كي لا يفوت القبض المستحق بالعقد، وكان ذلك يوجب فسخ العقد، كما لو هلك المبيع فإنه ينفسخ العقد لما قبضه مستحقا[٢].

٢- ويستدل للقاعدة من المعقول من وجوه، منها:

أ- أنه لا فائدة في استحقاق عين النقود في المعاوضات؛ لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض، فالتعيين وتركه سواء في حق الاستحقاق، أما إذا كان التعيين في الجنس والقدر والصفة ففيه فائدة فيتعين[٣].

ب- ومنها: أن النقود لا تُراد ولا تباع لعينها؛ لذلك جاز استبدالها، أما غير النقود من الأثمان فإنه يباع لعينه فيكون معينا[٤].

ج - ومنها: أن العقد يكون ثابتًا في الذمة، ولا يُتصور استحقاق شيء ثابت في الذمة، أو هلاكه[٥].

د- ومنها: أن النقود لو تعينت صارت مثمَّنة، ولا تكون ثمنًا[٦].

---

(١) رواه أحمد ٩/٣٩٠ (٥٥٥٥)، ١٠/٣٥٩(٦٢٣٩)، أبو داود ٣/٢٥٠(٣٣٥٤)، ٣/٣٩٣ (١٩٨٠)، والترمذي ٣/٥٣٦ (١٢٤٢)، والنسائي ٧/٢٨١ (٤٥٨٢)، (٤٥٨٣)، ٧/٢٨٣ (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٢/٧٦٠ (٢٢٦٢)، والدرامي ٣/١٦٨١ (٢٦٢٣).

(٢) انظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة للدهان ٢/٢٤٩، ٢٥٠.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٥٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل للمواق ٦/٤٢٦.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٣٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/٥٤٧.

واستدل القائلون بأن الأثمان تتعين بالتعيين بما يلي :

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [سورة البقرة: الآية ٤١]، ووجه الدلالة: أن الله تعالى سمى المشترَى وهو المبيع ثمنًا، فدل على أن الثمن مبيع، والمبيع ثمن. فالمبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدًا، فهما من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، ويتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء، وكل واحد منهما يقوم مقام صاحبه، فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا(١).

٢- القياس على السلع؛ فإنها تتعين بالإجماع، فكل من الثمن والسلعة عوض مشار إليه في العقد، فتتعين الأثمان كما تتعين السلع(٢).

٣- القياس على الغصب فإن الدراهم والدنانير تتعين فيه بالإجماع(٣).

٤- دليل عقلي: وهو أن النقود عوض في العقد، فتتعين بالتعيين كسائر الأعواض(٤).

٥- دليل عقلي آخر: وهو أن للمتبايعين غرضا في تعيين النقود فلا بد أن يكون له أثر فيتعين(٥).

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٢٦٦/١، المغني لابن قدامة ١٦٩/٤.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٤٩٣/١٠، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٣/٢٩.

(٣) المصدر السابق.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ١٢٧/١٢.

(٥) انظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي ٢٥٩/٦.

تطبيقات القاعدة :

١- لو تلفت النقود قبل قبض المبيع لا ينفسخ العقد ويجب دفع المثل؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين[١]. وعند المخالفين: ينفسخ العقد لتعين النقود بالتعيين[٢].

٢- لا يجوز بيع النقود جزافًا؛ لأن الجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد عند القائلين بأن النقود لا تتعين في المعاوضات، ويجوز عند القائلين بتعينها[٣].

٣- إذا فسخ العاقدان ما تعاقدا عليه بعد التقابض لا يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه[٤]؛ لأن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ.

٤- لا يجوز بيع الذهب بالفضة أو العكس مرابحة[٥]؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات.

٥- يجوز وقف النقود واستثمارها؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها[٦].

٦- إذا سمّي المهر مبلغًا من النقود كألف ريال مثلا فإنها لا تتعيّن بل يمكن للزوج أن يدفع أي ألف من الريالات، وهذا المبلغ يبقى ثابتًا

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٥٤ - ٥٦.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٠٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/٢٧١، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٤٦٨.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٢٦٨، المجموع للنووي ٩/٣٢٥، ٤٠٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٢١.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٦٢، حاشية ابن عابدين ٧/٣٥٠.

(٦) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. قرار رقم:١٤٠ (٦/١٥).

في ذمّته حتّى يؤدّيه؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين.

٧- إذا اشترى إنسان من آخر سلعة بألف دينار - مثلا - وأشار إليها ثم أعطى البائع ألفًا غيرها لزم البائع قبولها؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين. وعند المخالفين: إذا أشار إليها فإنها تتعين فلا يعطيه غيرها.

٨- يجوز استبدال النقود في العقد عند من يقول بعدم التعيين ولا يجوز عند من يقول بالتعيين؛ لأن العقد وقع عليها.

فتحي السروية

* * *

رقم القاعدة: ٩٩٤

نص القاعدة: مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا يجوز إيراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه من العقد[(٢)].

٢- ما لا يصح أن يفرد بالعقد لا يصح أن يستثنى من العقد[(٣)].

٣- ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه[(٤)].

٤- ما لا يصلح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه[(٥)].

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/١٧٠، ١٧١، ١٧٢، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٩٤، ٩٥، غمز عيون البصائر للحموي ٣/٢٦١، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٣/٩٢، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/١٠٤٢.

(٢) المبسوط للسرخسي٣٠/٣٣٧.

وبلفظ: ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٨، ٣٩١، حاشية ابن عابدين ٥/٦٢.

وبلفظ: ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه، شرح المجلة للأتاسي ١/٢٣٤، كشف الحقائق لعبد الحكيم ٢/٣١٢.

وبلفظ: كل ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٢٥٤.

(٣) الحاوي للماوردي ٦/٤٠٠.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٣٣.

(٥) زواهر التمرتاشي ١/١٤٧/أ.

٥- ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه[١].

قواعد ذات علاقة:

١- التابع تابع[٢]. (أعم).

٢- التابع لا يفرد بحكم[٣]. (أعم).

٣- ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه[٤]. (مفهوم القاعدة).

٤- كل ما جاز بيعه منفردًا جاز استثناؤه من المبيع[٥]. (متفرعة).

٥- توابع الملك لا يجوز إفرادها بالعقد[٦]. (مبينة).

٦- المرافق لا يجوز إفرادها بالعقد[٧]. (مبينة).

٧- ما جاز تبعًا فلا ينفرد بعقد[٨]. (مبينة).

٨- كل عددي متفاوت لا يجوز إفراده بالعقد إذا لم يكن معلومًا[٩]. (مبينة).

---

(١) شرح فتح القدير للسيواسي ٦/٤٤٨.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/٥٥٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣، ٥/١٥٤، وانظر قاعدة: "ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد"، في قسم القواعد الفقهية.
وبلفظ: "الاستثناء إنما يكون في المحل الذي يمكن إيراد العقد عليه" درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٨٣.
وبلفظ: كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز إخراجه من العقد تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٨٦.

(٥) انظرها بلفظها في قسم الضوابط الفقهية.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٤٠٦.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٤١١.

(٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣/٣٠٦.

(٩) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٢٨٢.

٩- الأجل لا ينفرد عن العقد ولا ينفرد بالعقد[١]. (مبينة).

١٠- الأوصاف لا تفرد بالعقد[٢]. (مبينة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة مبينة لوجه من أسباب منع الشارع الاستثناء من العقود.

وأصل المنع من الاستثناء في العقود أن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»[٣].

فجعل الفقهاء ما لا يمكن إفراده بالعقد من جزئيات ما لم يعلم فقرروا عدم جواز استثنائه بموجب هذه القاعدة. وذلك لما يترتب على عدم إمكان إفراد الشيء بالعقد من الجهل بالمعقود عليه الموجب للغرر المفسد للعقود. يقول البابرتي مبينا وجه ذلك: «لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودًا معلومًا، وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصودًا معلومًا فتشاركا في القصد والعلم، فما جاز أن يقع معقودًا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس»[٤].

والقاعدة جارية في أجزاء المعقود عليه إذا كان متحدًا، وفي أفراد العددي المتفاوت كذلك وهو موضوع قاعدة: «كل عددي متفاوت لا يجوز إفراده بالعقد إذا لم يكن معلومًا»[٥].

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٩٠/٧.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٨/٢٥، تكملة البحر للطوري ١٠٠/٨.

(٣) جزء من حديث رواه مسلم ١١٧٥/٣، وأبو داود ٢٦٢/٣ (٣٤٠٥)، والترمذي ٥٧٧/٣ (١٢٩٠)، والنسائي ٣٧/٧ (٣٨٨٠) ولفظ مسلم "نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة - قال أحدهما: بيع السنين هي المعاومة - وعن الثنيا، ورخص في العرايا"، ولفظ الترمذي: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، والثنيا، إلا أن تُعلم» وقال حديث حسن صحيح غريب.

(٤) العناية، شرح الهداية للبابرتي ٤٣٣/٨.

(٥) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢٨٢/٢.

فمثال المفرد المتحد ما يمكن اعتباره أم مسائل هذه القاعدة وهو عدم جواز بيع الدابة واستثناء ما في بطنها[١]، ومثل البابرتي للعددي المتفاوت وبين وجه دخوله في القاعدة بقوله: «لو قال (البائع): بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز؛ لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه، ولو قال: إلا هذه الشاة بعينها جاز؛ لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثناؤه، وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب...، بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة»[٢].

والاستثناء فيما لا يجوز إفراده بعقد مؤثر في صحة العقد نفسه. وبيان ذلك كما في ترتيب اللآلى هو أنه إذا كان العقد المستثنى منه من العقود التي تبطلها الشروط الفاسدة كالبيع والإجارة بطل الاستثناء وفسد العقد، أما إذا كان مما لا تبطله كالتبرعات والإسقاطات فإنه يبطل الاستثناء فقط[٣].

والفقهاء متفقون في الجملة على اعتبار هذه القاعدة لمعقولية معناها وإن كانوا قد اختلفوا في بعض جزئياتها فأجاز بعضهم الاستثناء فيها لاعتبارات خاصة بها.

من ذلك[٤] إجازة الإمام مالك - مخالفًا في ذلك الجمهور - بيع حائط النخيل واستثناء نخلات منه وإن لم تكن بأعيانها، على أن يختارها، إذا كان ثمرها قدر الثلث أو أقل، وكانت ثمار الحائط لونًا واحدًا، معتبرًا أن الغرر في ذلك يسير معفو عنه.

---

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٦/٢٦٦.

(٢) العناية، شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٣٤.

(٣) انظر: ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/١٠٤٢.

(٤) انظر: الموسوعة الكويتية ٧-٨-٩/٢٠.

كما جوز الحنابلة بيع الحيوان المأكول واستثناء رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه، وجوز مالك ذلك في السفر فقط وكرهه في الحضر، خلافًا للشافعية والحنفية. ولعل سبب استثناء هذه الصورة أن لها دليلا نقليًّا خاصًّا يترجح به جواز الاستثناء فيها، وهو ما روي في قصة الهجرة من شراء أبي بكر وعامر بن فهيرة - رضي الله عنهما - من راعي غنم شاة وشرطا له سلبها أي جلدها وأكارعها وبطنها[١].

واستثنى الفقهاء من هذه القاعدة بعض صور الوصية، وعللوا ذلك بأن الوصية أخت الميراث والميراث ليس من العقود[٢].

ونظرًا لأن المستثنى لا يكون إلا جزءًا من المستثنى منه، فإن القاعدة التي بين أيدينا ترتبط ارتباطا وثيقا بقاعدتي: «التابع تابع»، و«التابع لا يفرد بحكم»؛ إذ عدم إمكان استقلال الشيء عن المعقود عليه يقتضي تبعيته له في الصفقة. وهذا المعنى هو الذي تعبر عنه قاعدة: «ما جاز تبعًا فلا ينفرد بعقد»[٣]، والقواعد المتفرعة عنها مثل: «توابع الملك لا يجوز إفرادها بالعقد»[٤]، و«الأوصاف لا تفرد بالعقد»[٥] وغيرهما.

وهذه القاعدة جارية في باب العقود من المعاملات معتبرة لدى مختلف المذاهب.

---

(١) انظر: المدونة الكبرى ١٠/٢٩٥، الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٢/٣٥، والحديث أخرجه أبو داود في مراسيله ١٦٧.

(٢) ويمثلون له بما لو أوصى شخص بجارية لرجل، واستثنى حملها فإنه يصح والحمل ميراث، انظر: ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/١٠٤٣.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣/٣٠٦.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٤٠٦.

(٥) المبسوط للسرخسي ٢٥/١٥٨، تكملة البحر للطوري ٨/١٠٠.

أدلة القاعدة:

١- ما روى ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل»[١]، يقول ابن قدامة: «لأن المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد وهو مجهول»[٢].

٢- لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودًا معلومًا، وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصودًا معلومًا فتشاركا في القصد والعلم، فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس[٣].

٣- لأن الاستثناء إنما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه، وما يدخل تبعًا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان في أرض زرع مستكن وفي الأصول ثمرة غير مأبورة فلا يجوز القسمة في الأرض والأصول بحال حتى تؤبر الثمرة، ويظهر الزرع؛ لأن ذلك مما لا يجوز استثناؤه[٥]؛ لأنه لا يجوز إفراده بعقد.

٢- لا يجوز بيع شاة واستثناء صوفها الذي على ظهرها؛ لأنه متصل

(١) رواه البخاري ٣/٩٤ (٢٢٨٤).

(٢) المغني لابن قدامة ٤/١٤٨.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٣٣.

(٤) انظر: شرح فتح القدير للسيواسي ٦/٤٤٩.

(٥) انظر: بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/٣٢٦.

بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه[١]، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه.

٣- من وهب لشخص فرسًا على أن يبقى للواهب حملها الذي في بطنها وسلمه إياها تكون الفرس وفِلْوها[٢] للموهوب له؛ لأن الاستثناء إنما يكون في المحل الذي يمكن إيراد العقد عليه[٣].

٤- من باع سيفًا محلى واستثنى حليته لم يجز؛ لأن الحلية لا يجوز إفرادها بالعقد[٤]، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه.

٥- من باع شاة واستثنى لبنها لم يصح البيع؛ لأن لبنها لا يجوز إفراده بالعقد فلا يجوز استثناؤه كأعضاء الحيوان[٥].

٦- لو قال صاحب الغنم لشخص: بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة بألف لا يجوز؛ لأنه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها[٦]، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه.

---

(١) وقيل: يجوز بشرط جزه في الحال، انظر: الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ١٢/٢، انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣٤٦/٢.

(٢) الفلو: بالكسر وكعدو وسمو: الجحش والمهر فطما أو بلغا السنة ج: أفلاء وفلاوى. القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٧٠٤.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٨٣/٢، وحكى صاحب شرح النيل في استثناء حمل الشاة في البيع قولين على مذهبهم وزاد قولاً ثالثًا فيه تفصيل فقال: "إنه إن نفخ فيه الروح جاز استثناؤه وإلا فلا" شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٥٥/٨.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ١٣٠/٣.

(٥) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٥/٢.

(٦) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٤٨/٦.

٧- يجوز أن يبيع شخص ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة[1]؛ لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد[2].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) خلافًا للإمامية. انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/ ٤٧.

(٢) وهذا القول جار على ظاهر الرواية عند الحنفية. انظر: الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٦. وراجع أيضًا المحلى لابن حزم ٧/ ٣٤٧.

رقم القاعدة: ٩٩٥

نص القاعدة: مُطْلَقُ العَقْدِ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الـمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الحَالِ[1].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقد المـطلق يقتضي التسليم للحال[2].

٢- في سائر العقود بمطلق العقد تكون الأعواض حالة[3].

قواعد ذات علاقة:

١- مطلق العقد محمول على المعتاد[4]. (أعم).

٢- ما تناوله العقد تبعا يجب تسليمه تبعًا[5]. (مكملة).

٣- العرف في القبض يجري مجرى الشرط[6]. (مكملة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/٩٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٦٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٦/٩٢، ٩٣.

(٤) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٩/٥٥، والبناية للعيني ٩/٤٣٢.

(٥) المقارنات التشريعية لمخلوف المنياوي ٢/٤٤١.

(٦) الحاوي للماوردي ٥/١٩٢.

٤- يجرى العرف في العقد المطلق مجرى الشرط في العقد المقيد[١]. (بيان وتفسير).

٥- اشتراط موجب العقد لا يبطل العقد[٢]. (مكملة).

٦- من ملك الفسخ للعقد ملك الامتناع من التسليم[٣]. (مكملة).

٧- القبض في كل شيء بحسبه[٤]. (مكملة).

٨- بيوع الأعيان بشرط تأخير التسليم باطلة[٥]. (متفرع).

٩- البيع يوجب التسليم في الحال[٦]. (متفرع).

شرح القاعدة:

العقد المطلق: هو العقد الخالي من الشروط، يقول الرافعي: «إطلاق العقد يقتضى عقدًا بلا شرط»[٧]. ويقابله العقد المقيد، يقول الماوردي: «المعهود من البيع إطلاق العقد دون تقيده بالشرط»[٨].

يقتضي: أي يستلزم، من اقتضى بمعنى استلزم والمصدر الاقتضاء وهو الاستلزام[٩].

---

(١) انظر: المجموع للنووي ١٥/١٦٥.

(٢) الفروق للكرابيسي ٢/١٤٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه".

(٣) الاختيارات لابن اللحام١/٢٢٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي٥/١٤٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه".

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٦/١٨٨.

(٦) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٣٠٦. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "البيع لا يتم إلا بالتسليم".

(٧) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ١١/٧٠.

(٨) الحاوي الكبير للماوردي ٥/١٩٢.

(٩) انظر: معجم لغة الفقهاء للقلعجي ص ٨١، وحاشية ابن عابدين ٥/٣٩٩.

ومن الفقهاء من يرادف بين المقتضي والموجب كما جاء في بعض صيغ هذه القاعدة[١]، غير أن المحققين من الشافعية والحنفية يفرقون بين المصطلحين تفريقًا دقيقًا، وفي هذا يقول ابن عابدين: «البيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكمًا بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا، فإن العقد لا يقتضي ذلك أي لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة، فهذا يسمى موجب البيع ولا يسمى مقتضى، وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية: إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء، وهو والمقتضى مختلفان، خلافًا لمن زعم اتحادهما، إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني كالرد بالعيب، والموجب أعم لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا»[٢].

والتسليم: لغة عبارة عن جعل الشيء سالمـًا خالصًا، يقال: سلَّم فلان لفلان، أي خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر: ٢٩]، أي سالمـًا خالصًا لا يشركه فيه أحد.

واصطلاحًا: هو عبارة عن تسليم المعقود عليه للعاقد وجعله سالمـًا خالصًا لا ينازعه فيه غيره بحيث يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وإرادته[٣].

ومعنى **للحال**: أي وقت انعقاد العقد أو عقيبه، فاللام فيه ظرفية بمعنى (في) وبها وقع التعبير في بعض الصيغ الأخرى للقاعدة، يقول ابن عابدين:

---

(١) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٦٥١.
(٢) رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٩٧، ٣٩٨.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥٩ و٥/٢٤٤، ٢٤٥.

«الأصل أن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه وقت العقد»[1]، ويقول السرخسي: «التسليم بحكم العقد يكون عقيبه»[2]، فوجوب التسليم على التوسع ثبت عقيب العقد بلا فصل، وأما على التضييق فإن تبايعا عينًا بعين وجب تسليمهما معًا إذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم[3].

وقد تفرد الأحناف بهذه القاعدة، وهو ما يظهر من خلال مصادرها ومصادر صيغها الأخرى، ومن خلال مصادر تعريف المصطلحات الواردة فيها، إلا أن هناك تعريفات عند غير الأحناف لبعض هذه المصطلحات سيأتي الحديث عنها.

ومعنى القاعدة أن العقد إذا كان غير مقيَّد بشرط من الشروط فإنه يقتضي أن تترتب عليه آثاره التي أبرم لأجلها، وعلى رأسها التسليم والتسلُّم لما تم التعاقد عليه مباشرة من غير تأخير فالتسليم في الحال واجب عندهم سواء نُص على اشتراطه في العقد أم لا؛ لأنه عندهم من مقتضيات العقد التي لا تنفك عنه؛ إذ «المقتضَى لا ينفك عن المقتضِي»[4]، ومن ثم لا يجوز اشتراط التأخير بحال من الأحوال، يقول ابن تيمية: «وأصول أبي حنيفة تقتضي أنه لا يصحح في العقود شرطًا يخالف مقتضاها المطلق، وإنما يُصحَّح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه، ولهذا له أن يشرط في البيع خيارًا، ولا يجوز عنده تأخير تسليم المبيع بحال»[5]، ويقول الكاساني: «القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لأنه تغيير لمقتضى العقد؛ لأن عقد المعاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرًا مقتضى

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٤/ ٣٤١.

(٢) المبسوط للسرخسي١٥/ ١٩٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٤٣، ٢٤٤.

(٤) انظر: دستور العلماء للقاضي الأحمدي نكري ١/ ١٢٩.

(٥) الفتاوى لابن تيمية ٣/ ٤٧١.

العقد»[١]، فتسليم المبيع وبدل المتلف والعين المغصوبة واجب في الحال؛ لأن التسليم يستحق بنفس الالتزام[٢].

وهذه القاعدة مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بمسألة الضمان، حيث إن الأحناف يرون أن ضمان المعقود عليه ينتقل بالتسليم إلى المشتري[٣]؛ ولذلك وجب عندهم التسليم في الحال، والتسليم والقبض عندهم يكون بالتخلية ورفع الموانع بين العاقدين وبين ما تعاقدا عليه من البدلين، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعله سالمـًا للمشتري: أي خالصًا بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليمًا من البائع والتخلي قبضًا من المشتري[٤]، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، وأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم[٥] فعلٌ اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز[٦]. ولا خلاف بين الحنفية أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال، إلا أنهم قد اختلفوا في كونها قبضًا تامًّا أم لا؟ وهذا الاختلاف له أثر في التصرف في المعقود عليه لا في انتقال الضمان، فانتقال الضمان يتم بأصل القبض لا بتمامه، أي قبل القبض الفعلي، أما

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧٣.

(٢) انظر: حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥/ ٢١٥.

(٣) يلاحظ أن أكثر التطبيقات التي يعرضها الفقهاء خاصة بالبيع لذلك نجد النصوص الواردة في شرح القاعدة من هذا القبيل.

(٤) يقصد بالتخلي من المشتري التفرد بالمبيع وإمكان التصرف فيه، فقد قال: التخلي هو التمكن من إثبات اليد والتصرف وذلك بارتفاع الموانع. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ١٤١ و٥/ ٢٤٧.

(٥) البَراجِم: مَفاصل الأصابع وهي رؤوس السُلاميَات إذا قَبض الإنسان كفه ارتفعَت، الواحدة بُرجُمة بالضم.

وقولهم: الأخذ بالبراجم عبارة عن القبض باليد. المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ١/ ٧١.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٤٤.

التصرف فاتفقوا على أن المنقول لا يصح بيعه قبل القبض واختلفوا في العقار، فأجاز بيعه قبل القبض أبو حنيفة وأبو يوسف استحسانًا، ومنعه محمد وزفر قياسًا[١].

إذًا فمعنى التسليم والقبض عند الأحناف هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجهٍ يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلمًا للمبيع والمشتري قابضًا له وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع[٢].

إلا أن الجمهور خالفوهم في تطبيقات هذه القاعدة وإن لم ترد عندهم صيغ مخصوصة تقعد لهذا الخلاف، إلا ما يتناول الموضوع بشكل عام كقاعدة: «مطلق العقد محمول على المعتاد» ، فهم يرون أن مطلق العقد محمول على العادة في التسليم والقبض؛ فإذا كان للناس عرف مستقر في ذلك اعتبر في مطلق العقد وحمل العقد عليه وكأنه شرط منصوص عليه، قال الرافعي: «الشرط إذا كان موافقًا للعرف لم يقدح في صحة العقد، وقد ذكرنا أن العرف في الثمار تركها إلى وقت الجداد»[٣]، وهذا لا يفسد العقد؛ وكذا ما وافقه من الشرط.

وأما الجواب عما ذكروه من أنه مبيع شُرط فيه تأخير القبض فمن وجهين:

أحدهما: أن القبض يتأخر، لأن القبض في الثمار بالتمكين منها كالعقار.

والثاني: أنه لما كان العرف في الثمار تأخير قبضها جاز اشتراطه فيها، ولما لم يجر العرف في العروض بتأخير قبضها لم يجز اشتراطه فيها...

---

(١) مخاطر التمويل الإسلامي للسالوس ١/١١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤٤.

(٣) وردت هذه الكلمة بالدال المهملة والذال المعجمة (الجِداد والجَداد والجِذاذ والجَذاذ) ومعناها: أوان الصِّرام والجد: مصدر جد التمر يجده وفي الحديث: «نهى النبي عن جِداد الليل»، والجداد: صرام النخل. انظر: لسان العرب لابن منظور ٣/١١٢و ٣/٣٧٩.

وأما إذا بيعت مطلقًا فالبيع جائز وللمشتري تركها إلى وقت الجداد. وقال أبو حنيفة: بيعها جائز وعلى المشتري قطعها في الحال؛ بناءً على أصله في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، وإطلاقه عندنا يقتضي الترك، اعتبارًا بالعرف(١). وهذا ما دلت عليه القاعدة: «يجرى العرف في العقد المطلق مجرى الشرط في العقد المقيد». والجمهور يجيزون كذلك اشتراط تأخير التسليم والتقابض إذا كان لمصلحة معتبرة، إلا ما كان من إجماعهم على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة(٢).

وقد رد ابن تيمية رأي الحنفية فقال: «من قال موجب العقد التسليم عقيبه فلا يجوز التأخير، يقال له: لا نسلم أن هذا موجب العقد؛ لأن موجبه إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما وكلاهما منتف، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحَق التسليم عقب العقد ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا بيع معين بدَين حال، وتارة يشترطان تأخير تسليم الثمن كما في السلم وكذلك في الأعيان، وقد يكون للبائع مقصود صحيح في تأخير التسليم كما كان ل جابر حين باع بعيره من النبي واستثنى ظهره إلى المدينة، ولهذا كان الصواب أنه يجوز لكل عاقد أن يستثني من منفعة المعقود عليه ما له فيه غرض صحيح، كما إذا باع عقارًا واستثنى سكناه مدة، أو وهب ملكًا واستثنى منفعته أو وقف عينًا واستثنى غلتها لنفسه مدة حياته وأمثال ذلك، وهذا منصوص أحمد وغيره، وبعض أصحاب أحمد قال: لا بد إذا استثنى منفعة المبيع من أن يسلم العين إلى المشتري ثم يأخذها ليستوفي المنفعة بناءً على هذا الأصل الفاسد، وهو أنه لا بد من استحقاق القبض عقب العقد وهو قول ضعيف»(٣).

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٨/٤.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٢٦/٢.

(٣) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٥٤٤/٢٠، ٥٤٥.

وقد بني رأي من خالف الأحناف في هذه القاعدة على أن الضمان يكون من البائع قبل التسليم التام، وهو عندهم ليس مجرد التخلية بل القبض الحقيقي الفعلي؛ لأن «العقود موجبة للقبوض والقبوض هي المسؤولة المقصودة المطلوبة ولهذا تتم العقود بالتقابض من الطرفين»[(١)]، فإذا تلف المبيع قبل التمكن من القبض المقصود بالعقد فيكون مضمونًا على البائع كتلف المنافع قبل التمكن من قبضها؛ وذلك لأن التخلية ليست مقصودة لذاتها وإنما مقصودها تمكن المشتري من قبض المبيع[(٢)].

أدلة القاعدة :

استدل الحنفية بالأدلة التالية :

١- لأن عقد المعاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيرًا مقتضى العقد، فيوجب فساد العقد[(٣)].

٢- لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلةً إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في البدلين شرعًا إيجابًا لتسليمهما ضرورةً[(٤)].

٣- عدم التسليم في الحال يؤدي إلى الغرر[(٥)].

---

(١) الفتاوى لابن تيمية ٣٠/٢٦٤.

(٢) الفتاوى لابن تيمية ٣٠/٢٧٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٣.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٢/١١٣.

أدلة الجمهور :

١- عن جابر: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيِّبه[١] قال: ولحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرًا لم يسر مثله، فقال: «بعنيه». فقلت: لا، ثُم قال: «بعنيه». فبعته، واستثنيت حُملانه[٢] إلى أهلي[٣]. ووجه استدلالهم أن جابرًا لم يسلم الجمل لما كان له في ذلك من المصلحة، وقبل النبي ﷺ ذلك منه فكان إقرارًا[٤].

٢- قالوا: إن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وكلاهما منتف، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا بيع معين بدَين حال، وتارة يشترطان تأخير تسليم الثمن كما في السلم وكذلك في الأعيان[٥].

تطبيقات القاعدة :

١- من اشترى - بعقد مطلق لم يذكر فيه شرط القطع أو الترك - ثمرًا على الشجر بعدما صار منتفعًا به ولكن لم يبد صلاحه بعدُ بأن كان لا

---

(١) سيَّب الشيء فهو سائبة: "والسائبة هي المال الذي يسيِّبه صاحبه أي يهمله من غير أن يجعله ملكًا لأحد أو وقفًا على شيء من وجوه الخير، والسائبة المذكورة في القرآن في قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ...﴾ [المائدة: ١٠٣]، هي الناقة التي تسيب فلا تمنع من مرعىً بسبب نذر علق بشفاء مريض أو قدوم غائب" طلبة الطلبة للنسفي ١/ ٢٣٤، انظر: أيضًا الأم للشافعي ٦/ ١٨٣.

(٢) الحُمْلاَنُ ما يُحمَلُ عليه من الدواب في الهِبَة خاصةً. تهذيب اللغة للأزهري ٥/ ٥٩. قال ابن حجر في شرح الحديث: "الحملان بضم المهملة الحمل، والمفعول محذوف أي استثنيت حمله إياي، وقد روي بلفظ واستثنيت ظهره إلى أن نقدم" فتح الباري ٥/ ٣١٦.

(٣) رواه البخاري ٣/ ١٨٩ (٢٧١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/ ١٢٢٣ (٧١٥).

(٤) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٠/ ٥٤٥.

(٥) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٠/ ٥٤٤ وانظر: أيضًا إعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٣٠.

يأمن العاهة والفساد عليه؛ صح البيع، لأن العقد المطلق يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال[١].

٢- إذا تبايع اثنان سلعة بعقد مطلق فموجب العقد يقتضي أن يسلم البائع السلعة إلى المشتري ويسلم المشتري الثمن إلى البائع في الحال[٢].

٣- إذا باع أحد حنطة فإنه يجب عليه تسليم المبيع في الحال؛ لأن تسليمها يستحق بنفس الالتزام[٣]؛ لأن العقد المطلق يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال.

٤- إذا باع السلعة ولم يسلمه إياها في الحال حتى ضاعت بآفة سماوية بطل البيع وكان ضياع المبيع على ضمان البائع[٤]؛ لأن العقد المطلق يقتضي التسليم للحال.

٥- بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز، فإن كانت له حظيرة فدخلها السمك فإما أن يكون أعدها لذلك أو لا، فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه؛ لأنه مملوك مقدور التسليم، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع[٥] والعقد المطلق يقتضي التسليم للحال.

٦- قد يضطر المزارع لشيء من المال قبل جنيه قطنه، بل أحيانًا قبل أن يزرعه، وحينئذ يجد أمامه من التجار من يعرض عليه أن يشتري منه كمية القطن التي ينتظر أن يحصل عليها كلها أو بعضها، وقد يكون

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٣٤٨.

(٢) موسوعة القواعد للبورنو ١٠/٦٦٥.

(٣) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥/٢١٥.

(٤) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقا ص ٧٦ – ٨٢ – ١٢٩ وانظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٠٩، ٤١٠.

السعر قطعيًّا، وقد يُتفق على أن يحدد بعد مدة يُنص عليها في العقد. فالمعقود عليه في هذه الصورة غير موجود حين التعاقد، ولذلك فهو غير مقدور التسليم في الحال، وإذن فالعقد غير جائز شرعًا[١]؛ لأن العقد المطلق يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال.

٧- عقود المستقبليات كما تجري في الأسواق الدولية (البورصة) وصفتها: «أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل، ودفع الثمن عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرطا يقتضي أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس (المقاصة). وهذا هو النوع الأكثر شيوعًا في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلا... لأن التسليم والتسلم مقتضى العقد، وعدم ترتبهما على العقد إبطال لمضمونه وآثاره»[٢].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

---

(١) انظر: مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ٤٨/٥٨.

(٢) بحث بعنوان: "السلع الدولية وضوابط التعامل فيها" للدكتور عبد الستار أبو غدة، ندوة البركة التاسعة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، فندق جدة هلتون ٦- ٧ رمضان ١٤٢٩هـ الموافق ٦- ٧ سبتمبر ٢٠٠٨م.



رقم القاعدة: ٩٩٦

نص القاعدة: مَنْ أَقْدَمَ عَلَى عَقْدٍ كَانَ فِي ضِمْنِهِ الاعْتِرَافُ بِوُجُودِ شَرَائِطِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الإقدام على العقد يقتضي الاعتراف باستجماع معتبراته[٢].

٢- الإقدام على العقد التزام لشرائطه[٣].

٣- من أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شروطه حتى لا يسمع منه خلاف ذلك[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه[٥]. (أعم).

---

(١) المقاصد السنية للشعراني ١٦٦/٠.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٢٢١/٦ (بتصرف).

(٣) العناية للبابرتي ٤٥١/٩.

(٤) حاشية الرملي ٢٣٣/٢.

(٥) الهداية للمرغيناني ٢٠٦/٤. وانظر قاعدة: "الأصل حمل العقود على الصحة" في قسم القواعد الفقهية.

٢- الإقرار بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد[١]. (متفرع).

٣- الأصل ترتيب المسببات على أسبابها[٢]. (معللة).

٤- شرط الشيء يتبعه[٣]. (أعمّ).

٥- الأصل في العقود اللزوم[٤]. (أعمّ).

٦- الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها[٥]. (مكملة).

٧- العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف[٦]. (مكملة).

٨- السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان[٧]. (مكملة).

٩- التصرفات الشرعية لا تراد لعينها بل لحكمها[٨]. (معللة).

شرح القاعدة:

لكل عقد أحكام وشروط وآثار وتبعات تترتب عليه، سواء كانت من وضع الشارع الحكيم أو مما تعارف الناس عليه أو مما اشترطه المتعاقدان مما لا يعارض الشريعة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٥/١٣.

(٢) الفروق للقرافي ٤٤٤/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١٦/٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الفروق للقرافي ٤٤٤/٣، وقد وردت بصيغة أخرى هي: "الأصل في العقود وجوب الوفاء إلا ما حرمه الله ورسوله" زاد المعاد لابن القيم ٨٢٦/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المنثور للزركشي ٦٩/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ٦٩/٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٥٩/١. وانظر قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" في قسم القواعد الفقهية.

(٨) المبسوط للسرخسي ٣/٢٥.

والمقدم على إبرام عقد من العقود يفترض فيه - ما دام أهلا لهذا التصرف شرعًا - أن يكون عالمـاً بشرائط العقد مدركًا لما سيترتب عليه من آثار وتبعات وما سيطالب به من الالتزامات، فلا يقدم على ما يجهل عواقبه. فإذا دخل في تعاقد - مختارًا راضيًا غير مكره - كان ظاهر تصرفه أنه يقصد إنشاء عقد صحيح مستوف للشروط والأحكام التي تدل عليها صيغته، وما دام العقد صحيحًا فلابد من حصول ما أبرم لأجله وفق أحكامه وشروطه؛ لأن العاقدين مقران معترفان ضمنيًّا بما يجب عليهما من تنفيذ لمقتضيات العقد؛ لأن «الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه»، ولأن «الإقرار بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد»، ومن ثم لا عبرة لادعاء من أبرم عقدًا من العقود أنه كان جاهلا، أو لم يكن قاصدًا ما وضع العقد لأجله، أو ادعاؤه فساد العقد أو بطلانه لسبب من الأسباب إذ إن اتفاق العاقدين على العقد إقرار بالصحة، والمنكر بعده ساع في نقض ما تم، وإنكاره، إنكار بعد الإقرار[1]، فيصح العقد وتترتب عليه آثاره ويلزمه إتمامه وإنفاذ شرائطه؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان والأصل ترتيب المسببات على أسبابها[2]. ثم إن مسمى العقد دال على مضمونه، والأصل حمل ألفاظ العقود على ظاهر مدلولها، فإذا أقر العاقد بإبرام العقد لم يكن إقراره هذا مقصورًا على أصل العقد بل يكون إقرارًا عامًّا يتناول العقد وكل ما يتصل بالعقد من شروط ولوازم وتبعات ينبني عليها صحة العقد[3]، وهذه المعاني هي مضمون القواعد ذات العلاقة: «شرط الشيء يتبعه» و«الأصل في العقود اللزوم» و«الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها». وإذا

---

(١) انظر: العناية للبابرتي ٤٥١/٩.

(٢) الفروق للقرافي ٤٤٤/٣.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للبرنو ٢٤٦/٢. قال المدرسي: "ومن مصاديق هذا المعيار وجوب الوفاء بالشروط الضمنية التي بني العقد عليها وتم التراضي على أساسها". أحكام المعاملات لتقي المدرسي ١٣٤/١.

أقدم على عقد كان ضامنًا لما استحق عليه ملزمًا بجبر الضرر الذي قد يلحق بالغير حتى لا تضيع حقوق الناس بمجرد الدعوى، فيلزمه الضمان سواء كان العقد صحيحًا أو فاسدًا، فكون العقد فاسدًا لا ينفي التضمين؛ لأن فاسد العقد كصحيحه في الضمان(١).

وإذا أقدم الشخص على عقد ثم أراد أن يعفى مما يتضمنه من شرائط وتبعات وما يترتب عليه من آثار، واحتاج الأمر إلى تدخل القضاء، فإنه لا تسمع دعواه المتناقضة مع ظاهر تصرفه وإقراره لأن العبرة في الحكم القضائي بالظاهر لا بالباطن، أي بما دل عليه العقد لا بما في ظن المكلف، وهو ما جاءت قاعدة: «العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف» للدلالة عليه.

وإن مدلول هذه القاعدة لا يشمل من أبرم العقد فقط بل يتعداه إلى من حضر عقدًا ثم ادعى بعد ذلك تعلق حقه بالمعقود عليه كملك أو شفعة، فمن حضر مجلسًا بيع فيه ماله فلم ينكر ولم يغير وهو عالم بأنه ملكه ساكت بلا عذر، فهذا الساكت المذكور لا يعذر بالجهل إذا ادعى أنه جهل لزوم البيع بسكوته لأن مستقر العادة ألا يسكت على هذا التصرف، فيلزم البيع سواء كان البائع أجنبيًّا أو شريكًا باع الجميع(٢). فسكوته بلا عذر مع الحاجة إلى البيان دليل على رضاه فلا يقبل عذره ولا يحقق مطلبه ويقع العقد مستوفيًا شروطه وتبعاته، فالقاعدة: أن «السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان»(٣).

---

(١) انظر: حاشية الرملي ١٦٨/٢.

(٢) انظر: البهجة للتسولي ١١١/٢، ١١٢، وانظر: قريبًا من هذا المثال في باب النكاح في كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٢٥٩/٢.

(٣) هذه القاعدة من مستثنيات قاعدة: «لا ينسب لساكت قول»، ولكثرة الحالات التي استثناها الفقهاء من هذه القاعدة وضعوا قاعدة أخرى وهي: «السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان». انظر: مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ٩٦٦/٢ وما بعدها، وانظر: أيضًا شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ٣٣٧/١.

والحاصل أن المكلف لا ينبغي له أن يقدم على أمر حتى يعلم حكم الله فيه ويعلم ما له وما عليه، فإذا ألزم نفسه عقدًا ما فلا يسوغ له بعد ذلك أن يلتمس الأعذار والمخارج قصد الوصول إلى عدم تحقيق شرائطه وإتمام بنوده وحصول آثاره، لأن العقود وسائر ما يصدر عن المكلف من أفعال وأقوال كألفاظ البيع والإجارة والنكاح والإقرار وغير ذلك ليست مقصودة لذاتها وإنما المقصود منها ما يترتب عليها من أحكام شرعية وآثار واقعية كتملك البدلين في البيع وحل الاستمتاع في النكاح وغير ذلك. وهو ما دلّت عليه القاعدة الثامنة من القواعد ذات العلاقة.

وهذه القاعدة وإن وردت صيغتها في كتب الأحناف والشافعية أكثر من غيرهم من المذاهب إلا أن العمل بمضمونها ثابت عند سائر الفقهاء.

أدلة القاعدة:

الدليل من المعقول أن الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ[1]؛ لأن «أفعال العقلاء تصان عن العبث»[2]، ولأن «التصرفات الشرعية لا تراد لعينها بل لحكمها»[3]، قال الرملي: «الظاهر أن المسلم بل المكلف الرشيد لا يقدم على العقد الفاسد، فإقدامه على العقد يقتضي الحكم والاعتراف باستجماع معتبراته»[4].

(١) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٦/٣٧٦.
(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ١/٢٥١، التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٢/٤٦١.
(٣) المبسوط للسرخسي ٢٥/٣.
(٤) فتاوى الرملي ٤/٩٩.

تطبيقات القاعدة:

١- لو باع أحد دارًا ثم قال كنت وقفتها أو وهبتها أو غير ذلك مما ينفي ملكيته لها عند العقد لا يلتفت إلى قوله ولا تسمع دعواه؛ لأنه كذّبها بعقد البيع(١). ومن أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه.

٢- إذا باع رجل مالا وحضر البيعَ شخص آخر أجنبيًّا أو شريكًا للبائع، وبعد تمام البيع وترتب آثاره عليه ادعى ذلك الحاضر أن المال الذي بيع هو ماله، فلا تسمع دعواه ويلزم البيع؛ لأن ظاهر الحال يدل على رضاه بالبيع وعدم تعلق حقه به لسكوته عن البيان وهو حاضر في المجلس ولم يمنعه مانع من الاعتراض، فاعتبر سكوته إقرارًا منه للبيع وحصول شرائطه وتكذيبًا لدعواه(٢). فهو في معنى الإقدام، ومن أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه.

٣- إذا تزوج شخص امرأة بعقد صحيح، فإن رضاه بهذا العقد يكون إقرارًا واعترافًا منه بجميع أحكامه وشروطه، فعليه تنفيذ كل ما يوجبه عقد النكاح من وجوب النفقة على الزوجة والأبناء وغير ذلك من الأحكام(٣)؛ لأن من أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه.

٤- من اشترى أرضًا أو سيارة أو سلعة أو باعها راضيًا مختارًا فإن هذا العقد الذي عقده يتضمن رضاه بجميع شروطه وأحكامه(٤)؛ لأن من

---

(١) انظر: فتاوى الرملي ٩٩/٤.

(٢) انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي ١١١/٢، ١١٢.

(٣) موسوعة القواعد للبورنو ٩٤٠/١٠.

(٤) موسوعة القواعد للبورنو ٩٤٠/١٠.

أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه.

٥- إذا عقد أحد عقداً ثم ادعى أنه لم يكن يملك العقد على ذلك المعقود عليه، أو ادعى أن المعقود عليه كان مغصوبًا فإنه لا تسمع دعواه؛ لأنها مناقضة لما تضمّنه إقدامه على العقد من الإقرار بكونه مما يملك العقد عليه، وليس يدّعى عدم أهليته للإقرار حينئذ فيكون أهلا للإقرار حالة العقد، وقد أقر حالة العقد وقد أقر ضمنًا فلا يسمع منه ما يناقض إقراره[1]؛ لأن من أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: فتاوى ابن الصلاح ١/٣٤٨، ٣٤٩.



رقم القاعدة: ٩٩٧

نص القاعدة: المَنَافِـعُ لها حُكْمُ الأعْيَان[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المنافع كالأعيان[٢].

٢- المنافع بمنزلة الأعيان[٣].

٣- المنافع أموال كالأعيان[٤].

٤- المنفعة في محلها تحل محل الأعيان[٥].

٥- المنافع متقومة كالأعيان[٦].

٦- المنافع أموال متقومة كالأعيان[٧].

---

(١) الذخيرة لابن مازة ٣٢٣/٨.

(٢) الكافي في فقه الحنابلة لابن قدامة ٤٨٢/٤، الذخيرة للقرافي ٤٦٢/٥، نهاية المحتاج للرملي ٣٣٨/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٨.

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٢٢٤/١٠.

(٥) البيان للعمراني ٣٥٤/٧.

(٦) شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٤٨٢/٣.

(٧) نظرية الضمان للزحيلي ص ١٢٢، وفي لفظ: "المنافع لها قيمة كالأعيان" الانتصار على علماء الأمصار للمؤيد بالله الحسيني ١٠٦/٢، وفي لفظ آخر: "المنفعة كنفس المال بل هي المقصودة بالذات من نفس المال" شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٣٠٧/١٢.

قواعد ذات علاقة :

١- إذا جرى الملك في الأعيان أو المنافع اعتبر المحل مالا[١]. (معللة).

٢- التحريم كما يكون في أعيان الأشياء يكون أيضًا في منافعها[٢]. (متفرعة).

٣- العقد على الأعيان كالعقد على منافعها[٣]. (متفرعة).

٤- يغتفر في المنافع ما لا يغتفر في الأعيان[٤]. (استثناء من حكم القاعدة).

٥- المنافع أخف من الأعيان[٥]. (استثناء من حكم القاعدة).

٦- المنافع ليست بأموال حقيقة ولكنها تقوَّم في العقود[٦]. (مخالفة).

٧- الأصل في المنافع أن ماليتها دون مالية الأعيان بدرجات[٧]. (مخالفة).

شرح القاعدة :

المنفعة كل ما ينتفع به، والجمع منافع، ومنافع الدار مرافقها، والمنافع العامة ما كانت فوائدها مشتركة بين الناس[٨] والمنافع مثل السكنى والخدمة

---

(١) حقوق الابتكار لأحمد سحيمي ص ٢٧٥.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٤.

(٣) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ١/٦٣.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٤/١٦٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان".

(٥) شرح الأزهار لابن مفتاح ١/١٨٥.

(٦) كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ١/٣٩٥ (بتصرف).

(٧) الأسرار للدبوسي ١/٦٤٣.

(٨) انظر: المعجم الوسيط ٢/٩٤٢.

والركوب والشرب والنقل على الدواب وغيرها[١].

وأما الأعيان أو المعينات فهي المشخصات في الخارج المرئية في الحس[٢] كبقرة وفرس وثوب وكتاب... إلخ[٣].

والأعيان - المنافع: اسم لما يقع عليه الملك كالدار - مثلا - فمنفعتها: سكناها، وعينها: أرضها وما عليها من بناء وتسمى أيضًا: أصلا، وذاتا ورقبة. وقد عرف - الحطاب المالكي - العين بأنها كل ذات مشار إليها، فيلزم من ذلك - بمفهوم المخالفة- أن المنفعة ما ليس بذات يشار إليها[٤]؛ لأن الأعيان ما قابل المنافع[٥] و«المنافع إن كانت أبضاع النساء سمي العقد عليها نكاحًا، وإن كانت غير ذلك سمي أيضًا على الإطلاق إجارة»[٦].

ومعنى القاعدة أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة وتأخذ أحكامها، فيسري عليها ما يسري على الأعيان من المالية وصحة العقد عليها وغير ذلك من الأحكام الأخرى[٧]، وهذه المعاني هي ما دلت عليه القواعد ذات العلاقة: «إذا جرى الملك في الأعيان أو المنافع اعتبر المحل مالا»، و«التحريم كما يكون في أعيان الأشياء يكون أيضًا في منافعها»، و«العقد على الأعيان كالعقد على منافعها».

وقد ذهب إلى هذا الرأي أكثر الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم، فالمنافع عندهم أموال متقومة كسائر الأموال، وصفة المالية ملازمة

---

(١) الفتاوى لأبي الحسن السعدي ٥١٠/١، تحقيق صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، بيروت، وانظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠٧/١٩.
(٢) انظر: شرح ميارة الفاسي ١٣٤/٢.
(٣) منح الجليل لعليش ٤٥٧/٨.
(٤) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٤/٤.
(٥) انظر: حاشية البجيرمي على منهج الطالب ٣٣٥/٢.
(٦) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٤/٤.
(٧) انظر: طرح التثريب لزين الدين العراقي ٦٥/٦، جواهر العقود للأسيوطي ٢٠٩/١.

لها لزومًا ذاتيًّا[١]، ولذلك سئل ابن حجر عما إذا: «اعتيد في جهة أن الدابة لا يُرغب في استئجارها في بعض أيام الأسبوع، فلو غصبت فهل تعتبر أجرة مثلها في مدة أيام الأسبوع؟ فأجاب: نعم، يعتبر ذلك فإن المنافع كالأعيان، فالقيمة فيها ذاتية وجد راغب بالفعل أم لا»[٢].

إن المنافع هي المقصودة عند العقلاء من التعاقد على الأعيان، وهي مصححة لمالية الأعيان بحيث لولا تلك المنفعة المقصودة لم تكن العين ذات مالية[٣]، وهذا المعنى هو ما جاء صريحا في صيغة القاعدة: «المنفعة كنفس المال بل هي المقصودة بالذات من نفس المال»، ثم إن القول بأن الشخص يملك كذا أو كذا من الأعيان إنما ينصرف إلى كونه حرَّ التصرف في منافعها، وإلا فـ «الأعيان لا يملكها في الحقيقة إلا باريها تعالى؛ وإنما للعبد منها المنافع»[٤].

واعتبار المنافع بمزلة الأعيان لا يعني أنها مثلها من كل وجه لا فرق بينهما البتة، وهذا المعنى هو ما نُصَّ عليه في القاعدتين: «يغتفر في المنافع ما لا يغتفر في الأعيان»، و«المنافع أخف من الأعيان».

وأما الحنفية - وإباضية المغرب- فقد ذهبوا إلى أن المنافع ليست بمرتبة الأعيان، وليس لها جميع أحكامها وإنما تأخذ حكمها في حق جواز العقد عليها فقط[٥]، فهي عندهم ليست أموالا متقومة بذاتها ولا تأخذ حكم المالية إلا بالعقد[٦]، ثم إن المنافع عندهم معدومة والمعدوم لا يجوز العقد عليه، لذلك

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ٢/٥٥٥، القواعد الفقهية للبجنوردي ١/٣٧٦، شرح النيل لأطفيش ١٣/٤٤٢.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/٩٣.

(٣) انظر: الإجارة للأصفهاني ص ١٩٢.

(٤) الموافقات للشاطبي ٣/١٦٠.

(٥) موسوعة القواعد للبورنو ٢/١٦١.

(٦) المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٣.

تقام العين المؤجرة أو المعارة مكان المنفعة في إجراء العقد عليها[١]. واعتبروا جواز العقد على المنافع استحسانًا مبنيًا على الحاجة والضرورة خلافًا للأصل[٢]. ولهم في نفي المماثلة بين المنافع والأعيان طريقان: أحدهما نفيها بنفي المالية والتقوُّم عن المنفعة أصلا، وثانيهما بإثبات التفاوت في المالية بينهما..[٣] كقولهم: «المنافع ليست بأموال حقيقة ولكنها تقوَّم في العقود». وقولهم: «الأصل في المنافع أن ماليتها دون مالية الأعيان بدرجات»[٤]. ومن ثم قالوا بأن المنافع لا تضمن لا بالغصب ولا بالإتلاف وإنما تضمن بالعقد أو شبهة العقد[٥]، وخالفوا في هذا رأي جمهور الفقهاء[٦].

وهذه القاعدة منتشرة عند الفقهاء في العديد من أبواب الفقه: كالمعاوضات والتبرعات والتمليكات والفسوخ والولايات والأقضية من صلح وضمان وتفليس وغير ذلك، بل أدخلها بعض الفقهاء في مسائل من العبادات كالزكاة، بحيث يثبت الغنى لمن يملك منافع معتبرة؛ فيحرم عليه لذلك أخذ الزكاة، يقول ابن قدامة، وهو يعلل مسألة من المسائل المندرجة في القاعدة: «المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها»[٧].

ويظهر الاتساع والانتشار من خلال تطبيقاتها.

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٥/٧٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٥١٢.

(٣) كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ١/٢٥٤.

(٤) كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي لعلاء الدين البخاري ١/٢٥٨. ووردت عندهم بصيغة أخرى هي: «مالية المنافع لا تساوي مالية الأعيان» نفس المرجع ١/٢٥٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١١/٧٨.

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٩/١٠٣، ١٠٤.

(٧) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٩، وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني٣/٣٩٧.

أدلة القاعدة:

استدل القائلون بهذه القاعدة بأدلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ..﴾ [الطلاق: ٦]، فجعل الله سبحانه الأجر مقابل المنفعة. قال الإمام القرافي: «الفاء للتعقيب، ولأن تسليم المنفعة شيئًا فشيئا فتكون الإجارة كذلك تسوية بين العوضين، وبه يظهر الفرق بين الإجارة والبيع...»[1]. ولقد جوز العلماء إجارة الظئر وإن كان محل العقد فيها اللبن وهو من الأعيان، لاعتبارين:

أ- اعتبار إجارة الظئر على وفق القياس، حيث إن المعقود عليه لا يقتصر على اللبن، بل يشمل اللبن وغيره من خدمات الظئر كإلقام الصبي الثدي ووضعه في حجر المرضعة، ونحو ذلك من المنافع التي هي مقدمات الرضاع ومكملة له، ثم إن اللبن في هذا العقد بالإضافة إلى كونه جزءاً من المعقود عليه، فهو تابع لا متبوع، وقد طرد الفقهاء ذلك في نظائره كماء البئر والعيون التي في الأرض المستأجرة وقالوا يدخل ضمنا وتبعا، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع.

ب- اعتبار إجارة الظئر جائزة بالنص والقياس معا، فالمكتري يستأجر تارة العين للمنفعة التي ليست أعيانًا وتارة للعين التي تحدث شيئًا من بعد شيء مع بقاء الأصل، كلبن الظئر ونفع البئر فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئًا بعد شيء مع بقاء الأصل كانت كالمنفعة، والمسوغ هو ما بينهما من القدر المشترك وهو حدوث المقصود بالعقد شيئًا فشيئا سواء كان الحادث عينًا أو منفعة وكونه جسمًا أو معنى قائمًا بالجسم لا تأثير له في الجواز والمنع، بل هذا النوع من

---

(١) الذخيرة للقرافي ٥/٣٨٦.

الأعيان الحادثة شيئًا فشيئا أحق بالجواز فإن الأجسام أحق من صفاتها[١].

٢- قوله تعالى حكاية عن شعيب، عليه السلام، حين قال لموسى، عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ...﴾ [القصص: ٢٧]، ووجه الدلالة على القاعدة أن منفعة الرعي جُعلت مهرًا؛ بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكي مقررًا ولم ينسخ[٢].

٣- حديث الرجل الذي أراد أن ينكح امرأة ولم يجد مهرًا فزوجه النبي ﷺ إياها بما معه من القرآن يعلمها إياه[٣]، وتعليم القرآن من المنافع، وقد جوز الشارع أن يكون مهرًا والمهر لا يكون إلا مالا، قال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ...﴾ [سورة النساء: ٢٤]، فدل ذلك على أن المنافع أموال.

٤- استدلوا بأن سبب نزول قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، مكاري الحج، وذلك حين سأل رجل عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، فقال: إنا قوم نكري ونزعم أن ليس لنا حج، فقال: «ألستم تحرمون وتقفون

---

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٣، ٢/١٣، وقد خالف هذا الرأي الإمام ابن حزم حين قال: "لا يجوز استئجار شاة أو بقرة أو ناقة أو غير ذلك - لا واحدة ولا أكثر - للحلب أصلا، لأن الإجارة إنما هي في المنافع خاصة، لا في تملك الأعيان، وهذا تملك اللبن، وهو عين قائمة، فهو بيع لا إجارة، وبيع ما لم ير قط، ولا تعرف صفته باطل" المحلى ٨/١٨٩.

(٢) تفسير ابن كثير ٣/١٢١.

(٣) رواه البخاري ٧/٣٠ (٥١٤٩) وفي مواضع أخر، ومسلم ٢/١٠٤٠ (١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

وترمون»، فقال: نعم، فقال، رضي الله عنه: «أنتم حجاج»، وذكر له أن رسول الله ﷺ أجاب من سأله عن ذلك بنفس الجواب[١]. وهذا أجر مقابل منفعة.

٥- قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٢]، ووجه الاستدلال في الحديث ترتيب النبي ﷺ الأجرة وهي مال على عمل الأجير وهو منفعة.

٦- استدلوا أيضًا بأن كل ما يجري فيه البذل والمنع فهو مال، وأن الأعيان تؤتى دائمًا طلبًا لمنافعها وحيازتها تبعا لحيازة أصلها[٣]. واشترط في المعقود عليه أن يكون منتفعًا به، فلا يجوز العقد على ما لا منفعة فيه، بل «المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، والذوات تصير متقومة ومالا بمنافعها؛ إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا فكيف يسقط حكم المالية والتقوم عنها[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- على الغاصب ضمان منافع العين المغصوبة: فمن اغتصب دارًا أو سيارة – مثلاً، فمذهب الجمهور أن عليه أجرة المثل، ولا فرق بين ما

(١) رواه أحمد ٤٧٣/١٠ (٦٤٣٤)، وأبو داود ١٤٢/٢ (١٧٣٣)، والحاكم ٦١٨/١ (١٦٤٧) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) رواه ابن ماجه ٨١٧/٢ (٢٤٤٣) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وهو مروي أيضًا من حديث أبي هريرة ومن حديث جابر، ومن حديث أنس. انظر: نصب الراية ١٢٩/٤، التلخيص الحبير ٥٩/٣، وقد حسنه البوصيري في مصباح الزجاجة ٥٢/٢. وفي صحيح البخاري ٨٢/٣-٨٣ (٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: "قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة... ورجل استأجر أجيرًا فأستوفى منه ولم يعط أجره".

(٣) عقد الإيجار لمذكور ص ٢٩٧.

(٤) كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري ٢٥٤/١.

إذا عطلهما أو استعملهما؛ لأن المنافع أموال متقومة فتضمن بالعقود فكذا بالغصوب، وأما عند الأحناف فلا يضمن منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان، وتحصيل مذهب مالك: «أن من غصب سكنى دار فسكنها لزمه كراؤها ولو غصب رقبتها لم يلزمه كراؤها إذا لم يسكنها ولم يأخذ لها كراء»[١].

٢- يجوز استئجار المنفعة بالمنفعة على كل حال، اتفق جنس المنفعة أو اختلف، كاستئجار سكنى دار بسكنى دار أخرى أو استئجار سيارة بتعليم طلاب؛ لأن المنافع لها حكم الأعيان. بينما يرى الأحناف عدم جواز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة، ويجوزون استئجار السكنى بالخدمة والركوب[٢].

٣- تجوز الوصية بالمنافع كالوصية بسكنى دار لمدة معينة أو استغلال أرض وما شابه ذلك؛ لأن المنافع كالأعيان في الملك بالعقد والإرث[٣].

٤- يجوز للشريك أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر- ما دام ذلك في مصلحة الشركة - لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان فصارت كالشراء والبيع[٤].

٥- إذا كان عقد الإيجار قد حدد له مدة خمس سنوات - مثلا - فإن المستأجر قد تملك المنفعة خلال هذه المدة، فتورث عنه إذا مات، ويحق له بيعها عند غير الحنفية وتأجيرها؛ بشرط أن لا يتأثر العقار

---

(١) الكافي لابن عبد البر ص٤٣٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨/ ١٥٠.

(٣) انظر: المجموع للنووي ١٥/ ٤٢٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٧٣.

(٤) انظر: المبدع لابن المفلح ٥/ ٩.

باختلاف الأشخاص؛ لأن المنافع لها حكـم الأعيان[١].

٦- إذا غصب أحد الشريكين عينًا من المدين أو اشترى منه شراء فاسدًا فهلك عنده، فهو قبض؛ لأنه بالهلاك وجب للغريم عليه دَين فالتقيا مقاصة، ودَين الغريم آخرهما، فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب، فيضمن لشريكه، والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه؛ لأن للمنافع حكم المال[٢].

٧- إذا أخذ ثوبًا ليخيطه بعشرة فآجر غيره ليخيطه بخمسة صح، فقد أخذ خمسًا بعمل غيره[٣].

٨- منافع الأعيان - كمنافع بستان أو دكان - تورث مثل بقية الأموال المملوكة جريًا على أصل جمهور الفقهاء أن المنافع أموال متقومة. وأما الحنفية فقد صرحوا بأن المنافع بانفرادها لا تحتمل الإرث وإن كان المورث تملكها بعوض[٤].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: عقد الإيجار لمذكور ص ١٩٦.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٠٢، ٥٠٣.

(٣) الذخيرة للقرافي ٨/٢٤.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/٩٢.

رقم القاعدة: ٩٩٨

نص القاعدة: الفَسْخُ يَرْفَعُ العَقْدَ مِنْ حِينِهِ لا مِنْ أَصْلِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- حكم الفسخ يرفع فيما يستقبل لا فيما مضى[٢].

٢- فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله[٣].

٣- رد العقود المفسوخة من أصلها أو من حين الفسخ؟[٤].

٤- الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو فيما يستقبل؟[٥].

---

(١) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٣٧٥/٨، روضة الطالبين للنووي ٤٨٩/٣ - وزيد بعده: "على الصحيح، وفي وجه يرفعه من أصله" – المجموع للنووي ١٩٢/٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٧٣/٢، ٧٧، ١١٩، ٢٧٦، ٤٣٥، إعانة الطالبين للبكري ٤٦/٣، حاشية البجيرمي ٣٠١/٢، ٤٠٣، ٨٠/٣، ٢٤٥، فتح الوهاب لزكريا الأنصاري ٢٩٩/١، ٣١٥، شرح المنهج له ١٥٣/٣، ٢١٦، مغني المحتاج للشربيني٦٦/٢، ٣٦٠، نهاية المحتاج للرملي ٢٠/٤. وبنحوه في المغني لابن قدامة ١١٠/٤.

(٢) تبيين الحقائق ٣٨/٤. وفي لفظ: "حكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى" فتح القدير ٣٧٧/٦. وفي لفظ: الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي. انظر: تبيين الحقائق ٣٥١/٤.

(٣) قواعد ابن رجب ص ٥٢، الإنصاف للمرداوي ٤٨١/٤. وفي لفظ: "الرد والفسخ رفع العقد من وقته". انظر: الوسيط للغزالي ١٣٨/٣.

(٤) قواعد الحصني ٢٤٦/٢. وفي لفظ: "هل الرد نقض للعقد من أصله أو من حينه؟" انظر: الأمنية في إدراك النية للقرافي ص ٥٨.

(٥) أشباه ابن نجيم ص ٣٣٨.

٥- هل الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه؟[١].

٦- الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه؟[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- الفسخ رفع للعقد من أصله حكمًا[٣]. (مخالفة).

٢- الرجوع في الهبة فسخ من الأصل[٤]. (أخص).

٣- الإقالة فسخ للعقد[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

الفسخ يطلق في اللغة على معانٍ، منها: رفع الشيء، وإزالته ونقضه، تقول: فسخت البيع والنكاح إذا نقضتهما، وانفسخا: أي انتقضا[٦].

والفسخ في اصطلاح الفقهاء عرف بتعريفات، منها: «حل ارتباط العقد»[٧]، أو هو: «رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن»[٨]، سواء أكان

---

(١) أشباه السيوطي ص ٢٩٢. وانظر: المجموع للنووي ٢٠٢/٩، المنثور في القواعد للزركشي ٤٩/٣، حاشية الرملي ٤٣٤/٢، قواعد ابن رجب ص٥٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٧٢/٤. وفي لفظ: "الفسخ للعقد من وقته أو من أصله؟" حلية العلماء للشاشي ٧٧/٣.

(٢) جامع المقاصد للكركي ٣٤٩/٦.

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٦٧/٢. وفي لفظ: "الفسخ رفع العقد من الأصل" تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٧/٤، البحر الرائق لابن نجيم ٢٢١/٩. وانظر أيضًا: قواعد ابن رجب ص ١١٩. البحر الزخار لابن المرتضى ١٤٠/٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٤٠/٢٥.

(٥) المغني لابن قدامة ٢٠١/٤. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الإقالة فسخ أو بيع".

(٦) انظر: لسان العرب لابن المنظور، تاج العروس للزبيدي "فسخ".

(٧) أشباه ابن نجيم ص ٣٣٨، أشباه السيوطي ص ٣١٣.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ٢٨٢/٥.

العقد ناشئًا من طرف شخصين، أو كان ناشئًا بإرادة منفردة[١]. فإذا انعقد العقد صحيحًا - أو فاسدًا عند الحنفية - ثم طرأ عليه ما يوجب فسخه بسبب من أسباب الفسخ فقد انحل واعتبر كأن لم يكن بالنسبة للطرفين، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، لكن هذه العقود المفسوخة هل ترفع من وقت إبرام العقد أو من وقت الفسخ؟ قد نصت هذه القاعدة على أنها ترفع من حين الفسخ، لا من الأصل.

والقاعدة من القواعد الخلافية بين الفقهاء، ولذلك أوردها الزركشي والسيوطي والحصني، وسائر من ألف في القواعد الفقهية من فقهاء الشافعية بصيغة الاستفهام المنبئ عن الخلاف فيها.

ومع أنه يوجد القولان في أغلب المذاهب، إلا أن الراجح عند الأكثرين أن فسخ العقد ليس له استناد وأثر رجعي، وإنما يؤثر في المستقبل، ويترتب على العقد كافة آثاره في حق الماضي، هذا ما صرح به غير واحد من الفقهاء، منهم:

قال الرافعي: «الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضي فكذلك الفسخ. هذا هو المذهب الصحيح. وفيما إذا انفسخ قبل القبض وجه أنه يرد العقد من أصله؛ لأن العقد ضعيف بعد فإذا فسخ فكأنه لا عقد. وفي التتمة ذكر وجه انه يرفع العقد من أصله مطلقا»[٢]. ونحو ذلك قال النووي: «الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله على الصحيح. وفي وجه يرفعه من أصله. وفي وجه يرفعه من أصله إن كان قبل القبض»[٣].

---

(١) انظر: مقومات فسخ العقد للدكتور محمد المختار محمد المامي ١/٥١، ٥٢، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.
(٢) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٨/٣٧٥.
(٣) روضة الطالبين للنووي ٣/٤٨٩.

وقال المرداوي، مبينًا مذهب الحنابلة: «إذا وقع الفسخ بإقالة أو خيار شرط أو عيب أو غير ذلك فهل يرتفع العقد من حينه أو من أصله؟»، ثم ذكر تفصيل الأقوال في المسألة إلى أن قال: «وتلخص لنا في المسألة ثلاثة أوجه، ثالثها: فرق بين الفسخ بالخيار وبين الفسخ بالعيب، وأن المذهب أنه فسخ للعقد من حينه»[١].

وقال ابن حزم: «ومن انفسخ نكاحه بعد صحته بما يوجب فسخه فلها المهر المسمى كله، فإن لم يسم لها صداقًا فلها مهر مثلها دخل بها أو لم يدخل»[٢].

وقال في موضع آخر: إن من اطلع على عيب في المبيع فله أن يرده، ولا يلزمه رد شيء من الغلة؛ لأن كل ما حصل في ملك المشتري فإنه له، ولا يرده، بل يرد الشيء المعيب فقط؛ لأن المبيع حصل فيه «ما جعل للمشتري الخيار في إبقائه به كذلك، أو رده من الآن، لا بإبطال الملك المتقدم للرد أصلا»[٣]، وهذا يعني أن الفسخ إنما يكون من حين الفسخ، لا من الأصل.

أما الحنفية فمنهم من نسب إلى الإمام أبي حنيفة القول بأن الفسخ: «هو رفع للعقد من أصله»[٤]، ومنهم من قال: إن مذهب الحنفية أن الفسخ لا يرفع العقد من أصله، وإنما فيما يستقبل من الزمان[٥]، وقد صرح بذلك في بعض مصادرهم، من ذلك ما جاء في تبيين الحقائق: «حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى»[٦]، لكن المتتبع لما جاء في مصادر المذهب أن عندهم تفاصيل

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٤/٤٨١ - ٤٨٢.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/٤٨١.

(٣) المصدر السابق ٩/٨١. وانظر: ما قبله أيضًا.

(٤) الوسيط للغزالي ٣/١٣٨. وبنحوه في الإنصاف للمرداوي ٤/٤٨١.

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية ٤/١١٠.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٨. وانظر أيضًا: ٤/٣٥١، فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٧٧.

في المسألة، وأن الفسخ عندهم يرفع العقد من أصله في مواضع، ومن حينه في مواضع أخرى، فقد اتفقوا على أن رد البيع الفاسد يرفعه من أصله[(١)]، وكذلك الرد قبل القبض يرفع العقد من الأصل[(٢)].

كما نص المالكية أيضًا على أن استحقاق المعقود عليه قبل قبضه نقض له من أصله[(٣)]، وعند الشافعية وجهان في الفسخ قبل القبض هل يرفع العقد من حينه أو من أصله[(٤)]؟

وأما بعد القبض: فإن كان الرد في خيار الشرط فمقتضى قول الإمام أن العقد يرفع من أصله، ومقتضى قول الصاحبين أنه يرفع من حينه. قال الكاساني في باب خيار الشرط: «إن كانت [الزيادة] منفصلة غير متولدة من الأصل، ولا هي بدل الجزء الفائت أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة، لا يبطل خياره؛ لأن هذه الزيادة لا تمنع الرد، فلا يبطل الخيار. فإن اختار البيع، فالزوائد له مع الأصل؛ لأنه تبين أنها كسب ملكه، فكانت ملكه، وإن اختار الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة - وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له - بناء على أن ملك المبيع كان موقوفًا، فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه، فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع، فيردها إليه مع الأصل. وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري، فكانت الزوائد حاصلة على ملكه، والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة، فبقيت على حكم ملك المشتري»[(٥)].

وإن كان الرد بخيار العيب، ولم يكن هناك ما يمنع من الرد كحدوث زيادة متولدة من الأصل، فمقتضى قولهم إن الزوائد غير المتولدة من الأصل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٧١.
(٢) انظر: المبسوط ١٤/١٢٥، بدائع الصنائع ٢/٧١، ٥/٢٥٤.
(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٨/١٠٩.
(٤) انظر: روضة الطالبين ٣/١٥١.
(٥) المصدر السابق ٥/٢٧٠.

تسلم للمشتري مجانًا[١]، أن العقد يرفع من حينه؛ إذ لو فسخ من أصله لكانت الزيادة للبائع.

وبالجملة فيمكن ضبط المذهب عند الحنفية في هذه القاعدة بأن «الفسخ يرفع العقد من أصله إن كان الرد قبل القبض. وأما بعد القبض: فإن كان بالتراضي فيرفعه من حينه، وإن كان بحكم حاكم فيرفعه من أصله»[٢] ويؤيد هذا ما قاله الكاساني من أن «الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعًا للعقد من الأصل، بخلاف الرد قبل القبض»[٣]، وقالوا: إن الرد بعد القبض بالتراضي بمثابة بيع جديد، وبحكم الحاكم فسخ محض[٤].

وقال القرافي مبينًا للمذهب المالكي في هذا الشأن: «معنى قولنا في الرد بالعيب أنه رفع للعقد من أصله أي يُقَدَّر كالمعدوم، وإن كان موجودًا فيعطي حكم المعدوم. ومقتضى هذا أن ترد الغلات للبائع ولا يبقى أثر من الآثار. لكن الأصحاب لم يقولوا بذلك ولا إخاله قول أحد من العلماء، بل إنما قدره الأصحاب كالمعدوم من أصله في أمور خاصة، فقالوا: إذا صرح بالرد فهلك المبيع قبل وصوله ليد البائع ففي ضمانه من البائع أو المبتاع أقوال، ثالثها: من البائع إن حكم به حاكم وإلا فمن المبتاع. قال الشيخ أبو الطاهر: منشأ الخلاف هل الرد نقض للعقد من أصله فيكون الضمان من البائع كأنه لم يخرج عنه أو من حينه فلا يتحقق النقض إلا بوصوله إليه»[٥]. وقال في موضع آخر: «لو ردت الماشية بعيب، أو أخذها البائع بفلس المشتري، أو لفساد العقد بعد أعوام، ففي زكاتها على البائع أو المشتري خلاف مبني على أن الرد في الصور الثلاث

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣٥/٤، العناية للبابرتي ٤٣/٩ حاشية ابن عابدين ١٩/٥، الفتوى الهندية ٧٧/٣، مجمع الضمانات لابن غانم ٤٩٤/٢.

(٢) تكملة المجموع للسبكي ٢٠٢/١٢ - ٢٠٣.

(٣) بدائع الصنائع ٢٩٦/٥.

(٤) انظر: المصدر السابق ٧١/٢، ٢٨٢/٥.

(٥) الأمنية في إدراك النية للقرافي ص ٥٨.

هل هو نقض للبيع من أصله أم من حينه؟ وعليه يأتي بناء البائع على ما تقدم من الحول أو استئنافه»[١].

ويتبين مما تقدم أنه «ليس المراد بالرفع من أصله أن يتبين عدم الوقوع بل المراد أن الشرع سلط العاقد على رفع أحكامه وجعله كأن لم يكن ولا فرق في هذا المعنى بين البيع والنكاح...» إلخ[٢].

والخلاف في هذه القاعدة ينبني عليه الخلاف في مسائل كثيرة، من أبرزها استحقاق الزوائد على الأصل المعقود عليه، ومسائل أخرى سيأتي ذكر بعضها عند التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

أدلة القاعدة:

١- عن عائشة، رضي الله عنهان أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبًا فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[٣].

وجه الدلالة من الحديث هو أن الرسول ﷺ قد حكم بزيادة المبيع المنفصلة للمشتري بعد فسخ العقد؛ فدل على أن الفسخ يرفع العقد من حينه، إذ لو كان يرفعه من أصله لوجبت الزوائد للمشتري[٤].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٤١/٣. وانظر أيضًا: مواهب الجليل للحطاب ٢٦٤/٢، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٥٤/٢، ١٥٥، حيث نص على أن كونه نقضًا للبيع من أصله هو المنصوص عليه. وقال في موضع آخر: "الرد بالعيب نقض للبيع من أصله وهو المذهب" ١٢/٥، ونحوه في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٣/٢.

(٢) المنثور للزركشي ٥٠/٣.

(٣) رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب. واللفظ لأبي داود.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٤٤/٥، ٢٤٥، كشاف القناع للبهوتي ٢٥٠/٣.

٢- أن الفسخ بالعيب لو كان رفعًا للعقد من أصله لأبطل حق الشفيع فلما لم يبطل حق الشفيع بالفسخ بالعيب؛ دل على أن الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الرد وليس برافع من الأصل[١].

٣- «ولأن العقد لا ينعطف على ما قبله، فكذلك الفسخ»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو تم فسخ عقد البيع، بعد حصول زيادة منفصلة في المبيع كولد، ولبن، وصوف، فإن الزيادة المنفصلة تكون للمشتري؛ لحصولها في ملكه، والفسخ إنما يرفع العقد من حينه لا من أصله[٣].

٢- لو قال: اشتريت منك هاتين النخلتين - مثلا - فقال: بل هذه فقط وتحالفا[٤] ثم فسخًا البيع، فإذا كان المشتري استغل النخلتين مدة فإنه لا يضمن ثمرة النخلة التي اتفقا على أنها مبيعة؛ لأن الفسخ إنما يرفع العقد من حينه لا من أصله[٥].

٣- لو رجع الواهب في هبته لا يجب عليه زكاة ما مضى من السنين؛ لأن حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى[٦]. وكذلك لو وهب

---

(١) انظر: المصدر السابق ٥/٢٤٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٧٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٨٨.

(٢) أسنى المطالب ٢/٧٣.

(٣) هذا لو حصلت الزوائد بعد القبض وكذلك لو حصلت قبل القبض على أقيس الوجهين عند الشافعية، خلافًا للحنفية الذين قالوا: إن الزوائد المنفصلة تمنع الرد بالعيب بعد القبض، وقبل القبض تكون للبائع مع الأصل. انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٣٧٥، أسنى المطالب ٢/١١٩. وراجع أيضًا: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/١٠٠.

(٤) أي حلف كل واحد منها على إثبات دعواه ونفي دعوى خصمه. انظر: الذخيرة للقرافي ٥/٣٢٥.

(٥) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٦٢.

(٦) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٩.

النصابَ ثم استفاد مالا في خلال الحول، ثم رجع في الهبة فإنه يستأنف الحول في المستفاد، بناءً على هذه القاعدة[1].

٤- من اشترى شيئًا معينًا -أو متميزًا - فإنه تجب عليه زكاته، حتى ولو لم يقبضه حتى حال عليه الحول، ثم انفسخ البيع بعد الحول؛ لأن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله[2].

٥- انحلال الوكالة وفسخها لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة[3]؛ بناءً على أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله.

٦- من استأجر شيئًا، فانفسخ ملك المؤجِّر فيه، وعاد إلى من انتقل الملك إليه منه، فإن الإجارة لا تنفسخ بذلك؛ لأن فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله[4].

٧- لو اشترى شاة - مثلا - ثم ذبحها وأكلها، ولما أراد أن يسلم الثمن للبائع اختلفا في مقدار الثمن، ولا بينة لأحدهما، فإنهما يتحالفان ويفسخ العقد، ويكون للبائع قيمة المثل، لكن هل ذلك يوم العقد أو يوم التلف أو يوم التحالف والفسخ؟ بناءً على الاختلاف في هذه القاعدة، والظاهر أنها قيمة المثل يوم العقد؛ لأن الفسخ رفع للعقد من حينه[5].

٨- إذا بادل نصابًا من الماشية بنصاب من الماشية مبادلة صحيحة، ثم أصاب أحدهما بما صار إليه عيبًا، فأراد رده به، فإن كان قبل حلول أجل الزكاة فله الرد به، فإذا استرجع كل واحد منهما ماشيته استأنف

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/ ٣٨٤.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/ ٣٩١.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٦/ ٤٠.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب ص ٥٢، الإنصاف ٤/ ٤٨١.

(٥) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ٨/ ٣٥١.

لها الحول من حين رجعت؛ لأن الرد بالعيب فسخ[١]؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه.

٩- إذا تلف المبيع قبل القبض فإنه ينفسخ، وهل يُقَدَّر ارتفاع العقد من حين التلف أو من أصله؟ فيه وجهان عند الشافعية أصحهما الأول[٢].

١٠- من استأجر أرضًا فزرعها ثم قل الماء، فله الفسخ، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء؛ بناءً على أن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣/١٩٧.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣/٤٩.

رقم القاعدة: ٩٩٩

نص القاعدة: يُتَسَامَحُ فِي المَنَافِعِ مَا لاَ يُتَسَامَحُ فِي الأَعْيَانِ[١].

صيغ أخرى القاعدة :

١ - المسامحة في المنافع أكثر من الأعيان[٢].

٢ - يغتفر في المنافع ما لا يغتفر في الأعيان[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- المنافع لها حكم الأعيان[٤]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- الأصل أن مالية المنافع دون مالية الأعيان بدرجات[٥]. (تعليل).

٣- إباحة المنافع أضعف من إباحة الأعيان[٦]. (تعليل).

٤- لا ربا في المنافع[٧]. (متفرع).

---

(١) مغني المحتاج للخطيب ٢/٣٤٩.

(٢) كفاية الأخيار للحصيني ١/٢٦٧، غاية البيان للرملي ١/٢٠٤.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/١٦٧، حاشية الجمل للأنصاري ٣/٢١٦. وانظر: شرح النيل لأطفيش ٨/١٢٣.

(٤) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٨/٣٢٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الأسرار للدبوسي ١/٦٤٣.

(٦) مغني المحتاج للخطيب ٢/٣٤٩.

(٧) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ١٢/٢١٠، وشرح الأزهار للمرتضى ٣/٢٥٧.

شرح القاعدة :

الأصل أن المنافع تأخذ أحكام الأعيان من حيث المالية وجواز العقد عليها واعتبارها أثمانًا في البيع، وغير ذلك من أحكام الأعيان عند جمهور الفقهاء، ولذلك قالوا: «المنافع لها حكم الأعيان»، بينما ذهب الحنفية إلى أنها لا تأخذ حكم الأموال من كل وجه، وليس لها جميع ما للأعيان من الأحكام إلا ما يتعلق بجواز العقد عليها فقط، وأنها لا تأخذ حكم المالية إلا عند التعاقد عليها، وأنها قبل ذلك ليست أموالا، وأن ماليتها دون مالية الأعيان بدرجات[١]. وهذا ما دلت عليه القاعدة: «الأصل أن مالية المنافع دون مالية الأعيان بدرجات».

إلا أن قاعدة: «يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان» تبيِّن أنه قد يتجاوز في المنافع عمَّا لا يتجاوز عن مثله في الأعيان، فمن ذلك: أن الأصل في المنافع أنها معدومة عند العقد عليها، ولا يجوز العقد على المعدوم عند جمهور الفقهاء؛ ومع ذلك أباحوا العقد عليها للحاجة، وتُسومح فيها على عكس العقد على الأعيان، فسقط في عقود المنافع شرط وجود المعقود عليه عند العقد كالإجارة مثلا، يقول ابن قدامة: «الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع، والعبرة أيضًا دالة عليها؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به، فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقًا للرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكر من الغرر لا يلتفت

---

(١) انظر: قاعدة (المنافع لها حكم الأعيان) في قسم القواعد الفقهية.

إليه مع ما ذكرنا من الحاجة؛ فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الساعات، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان»[١]، فميَّز الشارع إذًا بين المنافع والأعيان ابتداءً من هذا الوجه.

لقد وردت صيغة هذه القاعدة عند الشافعية خصوصًا، وأعملوها في مسألة الضمان المتعلقة ببعض صور الإعارة وبعض أنواع الإجارات والبيوع الفاسدة، وبنوا ذلك على القاعدة القائلة بأن «إباحة المنافع أضعف من إباحة الأعيان»، ومن ثمة يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها؛ لأنه يسهل على الناس أن يبيحوا استغلال منافع ما يملكونه من الأعيان وتطيب بذلك نفوسهم، بينما الأمر أصعب في إباحة الأعيان نفسها، وقد يبيحون بعض الأعيان كإعارة الأشجار للأكل من ثمارها أو الشاة للبن لأنها - وإن كانت أعيانًا - فإنها تشبه المنافع من حيث إنها، وإن فنيت بالاستهلاك، فإن أصولها باقية قابلة للرجوع إلى ملك أصحابها، فكانت من هذه الناحية واسطة بين المنافع والأعيان[٢]، فإذا استُحق المبيع - مثلا - بعد انتفاع المشتري به، أو رجع المعير في عاريته ولم يعلم المستعير برجوعه، فإنه لا أجرة عليهما في المنافع التي استهلكاها؛ لأن المنافع أخف من حيث عدم تضرر صاحب العين بفواتها، وخصوصًا أن البائع قد رضي بتمليكها للمشتري، ورضي المعير باستغلالها من طرف المستعير، بينما ضرر ذهاب ما يتولد عن الأعيان كاللبن والثمار أكبر، وضياع العين جملة لا شك أشد وأضر، ولا يتسامح في ذلك عادة. فلو أباح أحد طعامًا - مثلا - ثم رجع عن الإباحة، ثم أكله المباح له جاهلا بالرجوع فإنه يغرم، بينما لا أجرة على من استغل منافع العارية جاهلا بالرجوع؛ لأن إباحة المنافع أضعف من إباحة

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٥٠، شرح النيل لأطفيش ١٢/٣٠٧.

(٢) الأعيان نوعان: نوع لا يستخلف شيئًا فشيئًا بل إذا ذهب، ذهب جملة. ونوع يستخلف شيئًا فشيئًا، كلما ذهب منه شيء خلفه شيء مثله، فهذا رتبة وسطى بين المنافع وبين الأعيان التي لا تستخلف، فينبغي أن ينظر في شَبَهِهِ بأي النوعين فيلحق به، ومعلوم أن شبهه بالمنافع أقوى، فإلحاقه بها أولى. زاد المعاد لابن القيم ٥/٨٢٦.

الأعيان فضيِّق في الأعيان، ومنه يؤخذ أنه لو أعاره شاة لدرها ونسلها، أو أعاره شجرة لأخذ ثمرها ثم رجع ولم يعلم فإنه يغرم بدل الدر والنسل[١].

ورغم أن هذه القاعدة بصيغتها لم ترد عند الحنفية والمالكية إلا أنهم عملوا بما يؤول إلى مضمونها، فالأحناف لا يرون الضمان على من استهلك منافع عين ولو غصبًا، انطلاقًا من أصلهم أن المنافع ليست أموالا إلا بالتعاقد، ومن ثم فقد ميزوا عمليًّا بين الأعيان ومنافعها فضمنوا الغاصب ومن عقد عقدًا فاسدًا ما زاد وتولد من الأعيان عند الرجوع وفسخ العقد، ولم يفعلوا ذلك في المنافع، فتسامحوا في المنافع بما لم يتسامحوا به في الأعيان، فهم يقولون بأن المنافع إنما جعلت أموالا كالأعيان في التجارات ولم تجعل كذلك في الإتلاف والغصب، فصار كون مالية المنافع معادلة لمالية الأعيان مخصوصة بالتجارات؛ لأن الأصل عندهم فيها أن ماليتها دون مالية الأعيان بدرجات، فلا تلتحق المنافع في حق الإتلاف بالأعيان[٢]. وهم بذلك يخالفون رأي الجمهور بأن «المنافع كالأعيان في ضمانها»[٣].

وأما المالكية فقد اتفقوا مع الشافعية على إباحة أن تؤجر منفعة عين بمنفعة عين أخرى اتفق جنس المنفعتين كما إذا أجر دارًا بمنفعة دار أخرى، أو اختلفت كما إذا أجرها بمنفعة دابة، وخالفوا في هذا أبا حنيفة، فاغتفروا في المنافع ما لم يغتفروه في الأعيان من النَّساء مع اتحاد الجنس، ومن ثم قيل: «لا ربا في المنافع».

وأعمل المالكية قاعدة: «قبض الأوائل كقبض الأواخر»[٤] في رأس مال

---

(١) انظر: تحفة الحبيب للبجيرمي ٣/٥٠١.
(٢) انظر: الأسرار للدبوسي ١/٦٤٣، قواطع الأدلة للسمعاني ٢/١١٣.
(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٤٥٩.
(٤) وهو شطر القاعدة الخلافية عندهم: "قبض الأوائل هل هو قبض للأواخر أو لا؟" وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

السلم إذا كان منفعة ولم يعملوها فيه إذا كان عينًا، فجاز عندهم أن يكون رأس مال السلم منفعة ذات معينة كخدمة دابة مدة معلومة بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر، سواء كانت المنافع تنقضي مع أجل السلم أو قبله أو بعده، واحترزوا بمنفعة الذات المعينة عن المنافع المضمونة إذ لا يجوز أن تكون رأس المال حتى لا يكون العقد كالئا بكالئ، أي مؤخرًا بمؤخركما لو قال المسلِم للمسلَم إليه: أحملك إلى مكة بإردب قمح في ذمتك تدفعه لي في وقت كذا إذا لم يشرع فيها، وإلا جاز لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر كما في الإجارة[1]. فاغتفر عندهم ألا يُقبض رأس المال كاملا إذا كان منفعة ذات معينة بينما هم كغيرهم من الفقهاء يشترطون قبض رأس مال السلم كاملا غير منقصوص إذا كان معينًا.

فالقاعدة إذا معمول بها عند من وردت صيغتها عندهم، ومعمول بها عند غيرهم وإن لم يخصصوا لها صيغة معينة، وقد يختلفون في بعض تطبيقاتها.

أدلة القاعدة:

١- حاجة الناس إلى هذه المنافع:

يقول العزّ بن عبد السلام: «الشرع منع من بيع المعدوم وإجارته وهبته لما في ذلك من الغرر وعدم الحاجة، وجوز عقود المنافع مع عدمها إذ لا يتصور وجودها حال العقد ولا تحصل منافعها إلا كذلك، وقد جوز الشافعي - رحمه الله - إجارة المنافع بالمنافع وإن كانتا معدومتين، كما جوزت الشريعة عقد النكاح بتعليم القرآن، وهو مقابلة منفعة التعليم بمنفعة البضع»[2].

وقال ابن قدامة: «فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها؛ لأنها

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/ ٢٠٣.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٢٢.

تتلف بمضي الأوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها»[١].

وقال الشيخ زكريا الأنصاري مبينًا الدليل ووجها من وجوه التسامح في المنافع على خلاف الأعيان: «الأصل يقتضي منع الإجارة؛ لأنها بيع معدوم، وإنما جوزت للحاجة فاغتفر فيها الفسخ بخلاف البيع»[٢].

٢- جريان العادة والعرف بالتسامح في المنافع كما يتسامح في الحقير واليسير من الأعيان كما إذا قال أحد لآخر: أطعمني رغيفًا فتجري المسامحة في مثله، ومن ثَم لا أجرة في نحو: اغسل ثوبي؛ لأن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال أحد المتخاصمين للآخر: بعتك بكذا فقال الخصم: بل وهبتنيه أو رهنتنيه، فلا تحالف لعدم اتفاقهما على عقد واحد، بل يحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر كسائر الدعاوى، فإذا حلفا رده حتما مدعي الهبة بزوائده متصلة كانت أو منفصلة، فإن فاتت غرمها له لعدم ملكه، ولا أجرة عليه فيما لو استعمل مدعي الهبة العينَ، والفرق بين تغريمه ما فات من الزوائد وعدم لزوم الأجرة على ما فات من المنافع، أنه يغتفر في المنافع ما لا يغتفر في الأعيان، كما أن البائع قبل القبض يضمن الزوائد دون المنافع[٤].

٢- إذا أدى شخص دَين غيره بإذن منه من غير اشتراط الضمان رجع على المدين كما لو قال: اعلف دابتي؛ وإن لم يشرط الرجوع، ويفارق ما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين ٦/١٣.
(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٣٠.
(٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٦٣.
(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/١٦٦، ١٦٧، حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج ٣/٢١٦.

لو قال: أطعمني رغيفًا؛ بجريان المسامحة في مثله، ومن ثم لا أجرة في نحو: اغسل ثوبي؛ لأن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان[١].

٣- إذا تقرر أن المنافع غير مضمونة حيث استوفاها من أُذن له في ذلك - جاهلا بالرجوع - لأن المالك هو الذي سلَّطه، فإن ذلك يقتضي أن البائع لو اطلع على عيب في الثمن المعيَّن ففسخ العقد؛ ولم يعلم بذلك المشتري فاستعمل المبيع جاهلا، لم يضمن ما استوفاه من المنافع؛ بخلاف الأعيان كاللبن؛ فإنها مضمونة عليه، وكذا يقال في المشتري لو اطلع على عيب في المبيع؛ ففسخ العقد؛ ولم يعلم به البائع واستعمل الثمن المعيَّن واستوفى منه منافعه ويجري مثل ذلك في نظائره[٢]؛ لأنه يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان.

٤- يجوز عند الشافعية والمالكية أن تؤجَّر عينٌ بمنفعة عين أخرى إذا اتفق الجنس، كما إذا أجر دارًا بمنفعة دار أخرى، أو اختلفت كما إذا أجرها بمنفعة دابة؛ لأنه لا ربا في المنافع أصلا حتى لو أجر دارًا بمنعة دارين يجوز، وكذلك لو أجر حليًّا ذهبًا بذهب، ولا يشترط القبض في المجلس، وخالف أبو حنيفة فيما إذا اتفق الجنس، بناء على أن الجنس الواحد يحرِّم النَّساء وفي الإجارة نَساء[٣]. فالذين قالوا بالجواز قد اغتفر عندهم في المنافع ما لم يغتفر في الأعيان.

٥- لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه لا من البائع ولا من غيره لعموم الخبر، وليس للمستأجر في إجارة العين أن يؤجر العين المؤجرة قبل قبضها من أجنبي، وفي إجارتها للمؤجر وجهان، الأصح صحتها منه،

---

(١) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٣٩٠.

(٢) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٨٨.

(٣) انظر: الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ١٢/٢١٠.

ويفرق بين الإجارة والبيع بأنه يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان[١].

٦- للشريك أن يعير من مال الشركة ولا ضمان عليه؛ لأن الإعارة من توابع التجارة؛ فإن التاجر لا يجد بدًّا منها؛ لأنه إذا أتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبًا ليلبسه أو وسادة يجلس عليها، ولا يجد بدًّا من إعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران؛ فإن من لا يعير لا يعار عند حاجته، وعُلِّل بأن التاجر في المال - وإن لم يكن مالكًا لشيء منه - فله أن يعير[٢]؛ لأنه لم يتبرع بالعين وإنما تبرع بالمنفعة، والتجار يتوسعون في المنافع ما لا يتوسعون في الأعيان[٣].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: كفاية الأخيار للحصيني ص٢٤٠، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٩/٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/ ١٨٠، ١٨١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٧.

رقم القاعدة: ١٠٠٠

نص القاعدة: كُلُّ ما يحتمِلُ النّقض لا يصِحُّ إِلا بِتسمِيةِ البدلِ[١].

قواعد ذات علاقة:

١- رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين[٢]. (مكملة).

٢- كل المعاوضات لا بد فيها من العلم[٣]. (أعم).

٣- كل ما لا منفعة فيه من المعقود عليه في المعاوضات لا يصح العقد عليه[٤]. (متفرعة).

٤- تسمية ما ليس بمتقوِّم في عقد يُحتاج فيه إلى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد[٥]. (متفرعة).

٥- إذا كان عوض العقد مجهولا بطل[٦]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٦/٢٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٩٧/١٣، وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣٤/٤.

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٤٣/٤، حاشية ابن عابدين ٤٤٣/٣.

(٤) الموافقات للإمام الشاطبي ١٨٣/٣.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ١٥٢/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٤٨/٨.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٤٦٠/٩. وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة" في قسم القواعد الفقهية.

٦- العقد لا يصح مع فوات شرطه[١]. (أعم).

٧- فيما لا يصح إلا بتسمية البدل لابد من أن يكون المسمى معلوما[٢]. (مكملة).

شرح القاعدة:

النقض في اللغة ضد الإبرام، يقال: نقضت البناء والحبل والعِقد، وقد انتقض انتقاضًا[٣]، والنقض: حل شيء بعد عقده.

وأما في الاصطلاح: فمعناه الفسخ والإبطال[٤]، أو ما يجري فيه الفسخ والإقالة[٥].

والبدل لغة: العوض[٦]. واصطلاحًا: يراد به في باب المعاوضات ما يكون عوضًا عما يخرج عن ملك المتعاقد[٧]، فيطلق على المبيع والثمن، قال السيواسي: «البدلان الثمن والمبيع»[٨]، وإن غلب إطلاق البدل على الثمن[٩].

وتسمية البدل أن يذكر العوض ويكون معلومًا[١٠].

ومعنى القاعدة أن العقود التي يمكن أن تُحل وتفسخ بعد إبرامها لسبب من الأسباب لا بد عند عقدها أن يكون البدلان معلومين محددين تحديدًا يخلو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٠، الفروسية لابن القيم ص٣٨١.

(٢) المبسوط للسرخسي ٨/٥.

(٣) المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ص٥٠٤.

(٤) انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٢٦/١٦٠، المبسوط للسرخسي ٧/١٧٢.

(٥) انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/٣٩٨.

(٦) الكليات للكفوي ص ٢٣١.

(٧) انظر: القواعد الفقهية للبجنوردي ٣/٨٦.

(٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٧.

(٩) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٦٢.

(١٠) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٥/٨٧.

من الجهالة الفاحشة. وأن يكونا متقوِّمين يجوز التعاقد عليهما شرعًا.

والمراد بما يحتمل النقض: العقود وما في معناها من التصرفات، لذلك قسم الفقهاء تصرفات المكلف أو إنشاءاته إلى نوعين، نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله: الذي لا يحتمل الفسخ: وهو الطلاق والعتاق والرجعة والنكاح[(١)] واليمين والنذر والظهار والتدبير والعفو عن القصاص... إلخ. والذي يحتمل الفسخ: وهو البيع والشراء والإجارة والصرف والسلم والصلح وإبراء المدين والكفيل ونحو ذلك[(٢)].

والعقود التي تقبل النقض قد تفسخ بالتراضي بين العاقدين كالاتفاق على الإقالة، وقد تفسخ بدون رضًا لوقوع سبب من أسباب الفسخ كالعيب أو الخيار بأنواعه أو الخلف في الشرط أو الاستحقاق، وكفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ[(٣)]. فإذا انتقض العقد استُحق الرجوع في البدلين أو في قيمتهما عند التعذر؛ لأن «رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين». ومن ثم كان

---

(١) وردت نصوص عند الحنفية تجعل النكاح مما لا يقبل الفسخ، ووردت نصوص أخرى تجعله على العكس من ذلك، وقد استُشكل هذا الأمر، ولعل ذلك هو ما جعل بعضهم يعبر بعبارة: "النكاح يحتمل الفسخ في الجملة" كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١٦/٤. وممن حاول حل هذا الإشكال الزيلعي – رحمه الله – حين قال: "ولا يقال: "المعنى بقولنا: لا يحتمل الفسخ بعد التمام، وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم، وأما قبل التمام فيقبل الفسخ" تبيين الحقائق ١٢٥/٢، وهذا ما عبَّر عنه في موطن آخر بقوله: "النكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ" تبيين الحقائق٢٣/٣، وأجاب ابن عابدين عن هذا الإشكال بأن النكاح يقبل الفسخ إذا كان سبب الفسخ تبعًا، ولا يقبله إذا كان بتراضي المتعاقدين قصدًا فقال: "المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضي المتعاقدين قصدًا، وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعًا" حاشيته على الدر المختار ٥٦٩/٤، وقد ذهب بعض الحنفية إلى أن النكاح "يقبل الفسخ مطلقًا إذا وجد ما يقتضيه شرعًا" البحر الرائق لابن نجيم ١٢٩/٣، غمز عيون البصائر للحموي ١٠٥/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٧و١٨٦، قواطع الأدلة للسمعاني ٤٠٦/٢، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٨٥٠/٤ و١١٨/١٤، حاشية ابن عابدين ٥٦٤/٤، تحفة الفقهاء للسمرقندي٢٧٦/٣.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢٧٢/٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٧٢/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٥٦/٦.

اشتراط تسمية البدل لصحة مثل هذا النوع من العقود؛ إذ إنه كيف يمكن الرجوع بالبدل إذا كان غير مسمى، أي غير مذكور في العقد، والأصل أن العلم بالعوضين شرط في عقود المعاوضات؛ لأن «كل المعاوضات لا بد فيها من العلم». وحتى وإن ذكر البدل وسُمي تسمية غير صحيحة فلا يتم العقد ولا يعتبر، كأن يسمي ما ليس مالا متقوِّمًا، إما شرعًا وإما حسًّا، وذلك بأن يكون المسمى - مثلا - خنزيرًا أو ميتة أو شيئًا لا منفعة فيه؛ إذ إنه «لا ملك لأحد في الحرام»[(١)]، ولأن «شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا، فإذا لم يكن بطلت التسمية؛ فكأنه لم يسم في العقد عوضًا...وهكذا [يقال] في البيع: إنه يصير كأنه لم يسمِّ ثمنًا، والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن»[(٢)]؛ لأن البيع يستدعي المالية في البدلين[(٣)]؛ لأنه مبادلة مال بمال، وعند انعدام المالية في أحد البدلين لا ينعقد البيع أصلا[(٤)]. وهذا ما دلت عليه قاعدة: «كل ما لا منفعة فيه من المعقود عليه في المعاوضات لا يصح العقد عليه»، وقاعدة: «تسمية ما ليس بمتقوِّم في عقد يُحتاج فيه إلى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد».

وكذلك الأمر بالنسبة للعقد الذي سُمي فيه البدل تسمية فيها جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع؛ فإنه لا يصح لأن «المعاوضة لا بد فيها من الإيجاب والقبول، وشرطها كون البدل معلومًا مالا كان أو عملا»[(٥)]. فلو جُهلت قيمة البدل - مثلا - جهالة فاحشة لم تصح المعاوضة؛ لأن «جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد»[(٦)]. وهذا ما دلت عليه قاعدة: «إذا كان عوض العقد مجهولا بطل».

---

(١) شرح النيل لأطفيش ١٠/٥٨٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٨٩.

(٣) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/١٨٨٩.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٣٦.

(٥) درر الحكام للملا خسرو ٥/٨٧، وانظر: منهاج الفقاهة للروحاني ٦/٢٨٥.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٣٩.

والحاصل أن هذا النوع من العقود موقوف في صحته على تسمية البدل، ويمكن أن يقال: إن تسمية البدل شرط في انعقاده وصحته، و«العقد لا يصح مع فوات شرطه»، فلا بد من التسمية وإلا بطل العقد، ولا بد أن تكون صحيحة معتبرة بحيث لا يجوز أن تشتمل - مثلا - على جهالة فاحشة تؤدي إلى الاختلاف عند الفسخ؛ كأن يسمي بدلا مجهول الصفة أو القدر؛ لأن مبنى هذه العقود على المماكسة والمشاحَّة[١].

فإذا لم يذكر البدل أصلا كان العقد باطلا و«لا ملك بعقد باطل إذ هو كعدمه»[٢] لانتفاء مشروعيته أصالة. وأما إذا ذكر على وصف لا يصح فهو فاسد عند الأحناف، الذين ميزوا بين الفاسد والباطل، ولذلك قالوا: «الثمن في البيع مقصود فيه بالصحة؛ لأنه أحد ركني البيع، ولهذا يفسد البيع بفساده وجهالته كما يفسد بفساد المبيع وجهالته، ولا يصح البيع بدون ذكره»[٣]. وأما الجمهور فالباطل عندهم والفاسد بمعنى واحد[٤].

وهذه القاعدة واسعة الانتشار لاتفاق عامة المذاهب على معناها عمومًا إلا أن اختلاف الجمهور مع الأحناف - الذين وردت عندهم صيغة القاعدة - إنما هو في تمييزهم بين الفاسد والباطل، فاعتبروا ما لم يُسم فيه البدل، أو سُمي فيه ما ليس بمتقوِّم باطلا، وما سُمي فيه البدل تسمية فيها جهالة فاحشة فاسدًا، بينما الكل عند الجمهور فاسد وباطل بمعنى واحد.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ١٢/١٣.

(٢) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٣٨٠/٤، كشاف القناع للبهوتي ٦٠/٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٨١.

(٣) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٥٠٦/٤، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٣٩٩/٢.

(٤) انظر: الأم للإمام الشافعي ١٦٥/٥، المحلى لابن حزم ٢٣/٩.

أدلة القاعدة :

١- إن عدم تسمية البدل فيما يقبل الفسخ كالبيع يفسد العقد ؛ لأن العقد بدون تسمية البدل يؤدي إلى النزاع والمخاصمة، والشرع يقصد إلى قطع الأسباب الموصلة إليهما[١].

٢- المقصود من إبرام عقود المعاوضات تحصيل العوض فلم تصح من غير ذكر العوض[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا باع شخص لغيره ثوبين مختلفي القيمة بألف درهم، فقبِل البيع في ثوب واحد دون الثاني؛ فلا يصح العقد لأنه يكون البيع بما يخص قيمة الثوب المختار، والحال أنه لم يسم له ثمنًا يخصه، والبيع مما يقبل النقض فلا يصح إلا بتسمية البدل[٣].

٢- روي عن الإمام مالك أنه منع الجعالة والإجارة بما يتراضى عليه المتعاقدان بعد الفراغ من غير تسمية الثمن عند العقد، للجهالة عند العمل بما يتراضيان به بعده[٤]؛ لأن الجعالة والإجارة عقدان يقبلان النقض فلا يصحان إلا بتسمية البدل.

٣- إذا باع رجل لآخر ثوبا بخمر، كان العقد غير صحيح لأن البدل فيه هو في حكم غير المسمى، إذ الخمر غير متقوِّم، وما يحتمل النقض

---

(١) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٦١/٨.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٣٩٩/١.

(٣) ينظر في نفس المعنى المبسوط للسرخسي ١٧٠/٧.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٣٧٨/٥.

لا يصح إلا بتسمية البدل، وعلى مذهب الحنفية يمكن أن يصح، ويلزم بقيمة الثوب[١].

٤- بيع الربا غير مشروع بوصفه – وهو الفضل في العوض - فهو فاسد لا باطل عند الحنفية، فاسد باطل عند الجمهور[٢]. وهذا العقد يقبل النقض، وكل ما يحتمل النقض لا يصح إلا بتسمية البدل.

٥- لا تجوز المساقاة إلا على جزء معلوم - قل ذلك أو كثر - لأنه عقد معاوضة، فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة. فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه؛ بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها، ولا يكفيه إلا أكثرها[٣]. والمساقات عقد يقبل النقض فلا يصح إلا بتسمية البدل.

٦- لو عقد البيع بغير ثمن مسمى، أو ثمن محرم، رُد البيع إن وجد المبيع، فإن هلك في يد المشتري كان عليه قيمته[٤]، عملا بالقاعدة.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

---

(١) انظر: كشف المخدرات للبعلي ٦٣٢/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٧٦٥/٤، أصول البزدوي ص ٥٤، ٥٥.

(٢) انظر: أصول البزدوي ص ٥٥.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٧.

(٤) انظر: الأم للإمام الشافعي ١٦٥/٥، المحلى لابن حزم ٢٣/٩.



رقم القاعدة: ١٠٠١

نص القاعدة: تَأْخِيرُ الدَّيْنِ الحَالِّ هَلْ يَلْزَمُ أَمْ لا يَلْزَمُ؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل[٢].

٢- الحالُّ لا يتأجل[٣].

٣- الأجل لا يلحق[٤].

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ٢٠٧/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤١٥/١٢، الكافي لابن قدامة ٨٨/٢، وفي لفظ: "الحال لا يتأجل بالتأجيل" كما في المغني لابن قدامة ٢٤/٥، المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٢٠٨/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣١٦/٣، وفي لفظ:"الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه" كما في الجامع للشرائع للحلي٢٦٧/١، ووردت بلفظ: "الدين الحال لا يتأجل" في الكافي لابن قدامة ١٦١/٢، مغني المحتاج للشربيني ٥٢٨/٤، ووردت بلفظ: "كل دين حال لا يتأجل" في تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٨٤/١.

(٣) المنثور للزركشي ٢٦/٢، المغني لابن قدامة ٣٣٦/٤، إعلام الموقعين لابن القيم ٣٥٨/٣، نهاية المحتاج للرملي ٤١٧/٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢، نواضر النظائر لابن الصاحب ٧٦/١/أ، حاشية الروض لابن قاسم ٤٠/٥، الأشباه والنظائر لابن الملقن ١١٧/٢، الفوائد المبنية للشعراني ١٨٤/١/ب، المقاصد السنية للشعراني ص٤٢، ووردت بلفظ: "الحال لا يتأجل إلا في مدة الخيار وأما بعد اللزوم فلا" في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٠، وبلفظ: "ما كان حالا لا يؤجل" كما في المنثور للزركشي ٢٨/٢.

(٤) أشباه ابن السبكي ٢٦٧/١، الأشباه والنظائر لابن الملقن ١١٧/٢، الفوائد المبنية للشعراني ١٨٦/١/ب.

٤- كل دين حل أجلُه لم يصر مؤجَّلا بتأجيله[١].

٥- كل دين أجَّله صاحبُه فإنه يلزمه تأجيله[٢].

٦- كل دين حالٍّ إذا أجله صاحبه صار مؤجلا[٣].

٧- الحال يقبل التأجيل[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- يجوز تأجيل كل دين[٥]. (مخالفة لأحد شطري القاعدة).

٢- الأجل لا يحل قبل وقته[٦]. (مكملة).

٣- الأعيان لا تقبل التأجيل[٧]. (مكملة).

٥- هل يلزم الوفاء بالوعد[٨]. (تعليلية).

٦- ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١][٩]. (تعليلية).

٧- لا جبر على المتبرع[١٠]. (تعليلية).

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٨/٤، الإنصاف للمرداوي ١٣١/٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٦.

(٣) البناية للعيني ٣٣٥/٧، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٤٩١/٢، عمدة الناظر لأبي السعود ٥٧٩/٢، اللباب للميداني ٣٦/٢/١، الجوهرة النيرة للعبادي ٢١١/١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٠٨، وفي لفظ: "الحال يتأجل" كما في: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٣٠، حاشية الروض لابن قاسم ٤٠/٥.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٤٥/٤.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٩، وانظر: قاعدة "المؤجل لا يعجل": في قسم القواعد الفقهية.

(٧) غمز عيون البصائر للحموي ٢٦٣/٤.

(٨) إعداد المهج لأحمد بن المختار الشنقيطي ص ١٧٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٧/٦، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥٢٤/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(١٠) تبيين الحقائق للزيلعي ٦٧/٥، وانظر قاعدة: "لا لزوم على المتبرع"، في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة :

الحالّ: اسم فاعل من حَلّ الدينُ وغيرُه حُلُولا؛ إذا لزِم وحان موعدُه، والحلول خلاف التأجيل الوارد في كثير من صيغ القاعدة الأخرى، وهو مصدر أجّل الشيءَ: إذا جعل له أجلا، ولا يخرج معنى الحلول والتأجيل والأجل عند الفقهاء عن المعنى اللغوي لها(١).

والمقصود بالحلول والتأجيل في القاعدة ورودهما على الديون، كما هو واضح من نص القاعدة، ولفظها مفسر للصيغ الأخرى التي وردت مطلقة بدون ذكرها.

والدَّيْن ينقسم باعتبار وقت الأداء إلى قسمين: حالّ ومؤجل:

فالحالّ: هو ما حان وقت أدائه، ووجب عند طلب الدائن، وتجوز المطالبة بأدائه على الفور، والمخاصمة فيه أمام القضاء، سواء أكان كذلك في أصله، أم كان مؤجلا فحل أجله، وهناك من العقود ما هو حالّ بأصله كالقرض والعارية ونحوهما إذا أطلقت ولم يحدد لها وقت، وهناك ما يكون حلوله بعد أجل في أوله، كما لو باع بيعا إلى أجل فحل الأجل.

والمؤجل : هو ما لا يجب أداؤه قبل حلول أجله، ولا تصح المطالبة به إلا عند حلول الأجل، وقد يكون منجَّمًا على أقساط، ولكل قسط منه أجل، وعند ذلك يجب الوفاء بكل قسط في الموعد المضروب له، ولا يجبر المدين على أدائه قبل حلول أجله.

ومعنى القاعدة : أن صاحب الدين الذي حلّ موعدُه واستَحقّ المطالبةَ به إذا أجّله إلى أمد معين أو غير معين – فهل يكون ذلك لازمًا له، فيجب عليه أن ينتظر حتى ينقضي الأجل الذي ضربه لتحِقّ له المطالبةُ، أم أن ذلك غير لازم

---

(١) انظر: لسان العرب، القاموس المحيط مادتي: (ح ل ل) و(أ ج ل)، طلبة الطلبة للنسفي ص ١٤٧، والمغرب في ترتيب المعرب لابن المطرز ١/ ٢٢١، الكليات للكفوي ص٣١٢.

له، فيكون له أن يطالب بالدين متى شاء، ولا يتحول الدين من صفة الحلول إلى صفة التأجيل بتأجيله؟

ولا فرق في القاعدة بين الديون الحالة بأصلها كالقرض والبيع بلا أجل، وبين ما حلّ منها بعدما كان مؤجلا كالبيع الآجل؛ فإن كلا منهما يرِد الخلاف في لزومه أو عدم لزومه بتأجيل صاحبه.

ومن أجل الخلاف في القاعدة الذي أشارت إليه صيغتها المختارة؛ فإن الصيغ الأخرى لها جاء بعضها بالجزم بعدم لزوم ذلك - كما في الصيغ الأربع الأولى - وجاء بعضها الآخر بالجزم بلزوم ذلك، كما في الصيغ الثلاث الأخرى، ونذكر هنا اختلاف العلماء فيها، فنقول:

مع اتفاق العلماء على أن بعض الديون الحالة لا يجوز تأجيلها، بل يفسد العقد بتأجيلها، كما في عقد الصرف حيث يجب تعجيل العوضين جميعا، وكما في عقد السلم حيث يجب تعجيل رأس المال كله - فقد اختلفوا في هذا الأصل فذهبت الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية وأكثر الإباضية إلى أن الدين الحال لا يقبل التأجيل، وأن للمؤجل أن يطالب به متى شاء[(١)]، إلا أن بعض الشافعية استثنوا مسألتين جوزوا فيهما تأجيل الحالّ: إحداهما: إذا قال صاحب الدين عند حلوله: لله عليّ أن لا أطالبه إلا بعد شهر لزم. والثانية: إذا أوصى مَن له الدين الحالّ أن لا يطالب إلا بعد شهر؛ فإنه تنفذ وصيته[(٢)]. لكن قال الزركشي عقب ذكره لهذين الاستثناءين: ولا معنى للاستثناء؛ لأن في الصورتين الدين لم يؤجل، وإنما هو حالّ، ولكن منع من المطالبة مانع»[(٣)]. وهذا الذي قاله

(١) انظر: المنثور للزركشي ٢/٢٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٠، المغني لابن قدامة ٤/٢٠٨، الإنصاف ٥/١٣٠، المحلى لابن حزم ٨/٨٤، البحر الزخار للصنعاني ٣/٢٩٦، شرح النيل ٩/٩٢.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٢/٢٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٠.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٢٦.

الزركشي هو ما رجحه البلقيني وابن السبكي وغيرهما من الشافعية[١].

وذهبت المالكية والحنفية والإمامية وهو الذي اختاره ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أن الدين الحال يجوز تأجيله، وأن الأجل يكون لازمًا للمؤجل فلا يحق له المطالبة بالدين قبل انقضائه[٢].

إلا أن الحنفية استثنوا سبع صور لم يقولوا بلزوم التأجيل فيها وهي: القرض، والثمن عند الإقالة، والثمن بعد الإقالة، وإذا مات المديون المستقرض فأجل الدائن الوارث، والشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة وكان الثمن حالا فأجله المشتري، وبدل الصرف، ورأس مال السلم[٣]، وقال ابن عابدين منهم: وهي في الحقيقة ست؛ فإن مسألتَي الإقالة واحدة[٤]. وقد سبق بيان اتفاق العلماء على الصورتين الأخيرتين من الصور المذكورة.

والمراد بالنفي في القاعدة: نفي اللزوم لا نفي الصحة، بمعنى أنه لا يلزم تأجيل الدين بعد أن كان حالا، والعقد صحيح، وإنما يبطل التأجيل وحده، فإذا أنظَر المقرضُ المقترضَ شهرًا - مثلا - بعد أن حلّ القرض - لا يكون القرض باطلا، وإنما لا يلزمه هذا التأجيل، ويجوز له مطالبته قبل مضي ذلك الشهر، وقد ذهبت الشافعية والزيدية إلى استحباب الوفاء بهذا الأجل؛ لأنه وعد، والوفاء بالوعد مندوب[٥]، والمذهب عند الحنابلة تحريم هذا التأجيل مع تصحيحهم للعقد، ورجح بعضهم عدم التحريم[٦]، وذهبت الحنفية إلى عدم صحة العقد في الصور التي استثنوها من قاعدة اللزوم عندهم، إنْ حدث وأجّل

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٠، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٦٨.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٦، حاشية الدسوقي ٣/٢٢٦، قلائد الدرر ٢/٢٥٥، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٣١، إغاثة اللهفان لابن القيم ٢/٤٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٦.

(٤) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٨٣.

(٥) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/١٢٠، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٨٦.

(٦) انظر: الإنصاف ٥/١٣١.

صاحب الدين، كما قرر ذلك ابن عابدين في حاشيته[١] خلافًا لبعض مَن ادّعى خلاف ذلك من الحنفية[٢].

والقاعدة من القواعد المهمة في باب الديون، فالدين هو مجالها الذي تعمل فيه، كما سبق بيانه، كما أنها محل خلاف بين أهل العلم، كما سبق تفصيله، ولها علاقة بقواعد عدة غير تلك التي خالفتها في معناها، بعضها كان بمثابة التعليل لها، كقواعد: «هل يلزم الوفاء بالوعد؟» «ما على المحسنين من سبيل»، و«لا جبر على المتبرع». وبعضها كان مقابلا ومكملا لموضوعها كقواعد: «الأجل لا يحل قبل وقته»، و«الأعيان لا تقبل التأجيل»، و«المؤجل لا يطالب به». والكل يرسم صورة متكاملة الأبعاد لموضوع القاعدة.

أدلة القاعدة:

أولاً: استدل من قال بأن الحال لا يتأجل بالتأجيل بعدة أدلة، أقواها ما يلي:

١- قول الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

فمن أجّل الدين الحال فقد أحسن إلى المدين، والمحسن لا يلزم بشيء، ولا ينبغي أن يكلف بأمر قد يشق عليه.

٢- قول الله تعالى: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾[الرحمن: ٦٠].

فالدائن إذا ألزم بالتأجيل، فقد قوبل إحسانه بغير الإحسان، وفي الآية الحث على مقابلته بالإحسان جزاء إحسانه.

٣- قاعدة: «لا جبر على متبرع» وأدلتها:

قال الحموي: وإنما لم يلزم تأجيل القرض؛ لأنه إعارة؛ ولهذا لا يجوز

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٥٨/٥.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٩٩/٣.

الإقراض إلا من أهل التبرع، ولو جاز أي لزم تأجيله لزم أن يمنع المقرض عن مطالبته قبل الأجل، ولا جبر على المتبرع[(١)].

ثانيًا: استدل من ذهب إلى أن الحال يتأجل بالتأجيل بعدة أدلة، أقواها ما يلي:

١- الأدلة التي فيها الأمر بالوفاء بالعهود والتزام الوعود وذم من لا يفي بها، مثل:

أ - قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ب- قوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤].

ج ـ عن أبي هريرة، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»[(٢)].

فهذا الأدلة دالة على لزوم الوفاء بكل عهد ووعد، فيدخل في عمومها كل مَن أجل دَينًا حالا، فيجب عليه الوفاء بما وعد به من تأجيله.

٢- قول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[(٣)].

والدائن قد اشترط على نفسه أن يؤجل هذا الدين فلزمه التأجيل للحديث.

---

(١) غمز عيون البصائر ٣/٩٩.

(٢) رواه البخاري ١/١٦ (٣٣)، ٣/١٨٠ (٢٦٨٢)، ٤/٥ (٢٧٤٩)، ٨/٢٥ (٦٠٩٥)، مسلم ١/٧٨ (٥٩).

(٣) رواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى له ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله: "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

٣- قد يكون تأجيل الدين سببًا في أن يتخذ المدين بعض الإجراءات التي تعتمد على الأجل الذي أُجله، فرجوع الدائن في هذا الأجل قد يدخل على المدين حرجًا ما كان له أن يحصل لولا هذا الأجل، فكان على الدائن الالتزام بالأجل الذي ضربه بنفسه ومن غير إكراه من أحد عليه، لئلا يقع المدين في مثل ذلك الحرج.

تطبيقات القاعدة:

١- ذهبت الشافعية والحنابلة والإباضية إلى أنه إذا أقرض إنسان غيره قرضًا وضرب له فيه أجلا، فإنه لا يلزمه انتظار انتهاء الأجل للمطالبة به، بل له أن يطالبه به في أي وقت شاء، وذهبت المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أنه لا يجوز له أن يطالبه به إلا بعد انقضاء الأجل المضروب، والخلاف بين الفريقين راجع إلى اختلافهم في القاعدة[١].

٢- إذا أعار إنسان آخر عارية وضرب له أجلا بردها إليه فإن ذلك لا يكون لازمًا له على قول من يقول: إن الحال لا يتأجل، ويلزمه على القول بأن الحال يتأجل بتأجيل صاحبه[٢].

٣- من شرط صحة الحوالة الحلول والتأجيل فلو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٣٤/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣١٢/٣، التمهيد لابن عبد البر ٢٠٧/٣، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٣٠، إعلام الموقعين لابن القيم ٤٤٥/٣، شرح النيل ٩٢/٩.

ومع كون الحنفية يقولون بجواز تأجيل الدين الحال إلا أنهم وافقوا الشافعيةَ والحنابلةَ في هذه المسألة؛ لأن القرض من مستثنيات القاعدة عندهم. بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٦، نهاية المحتاج للرملي ١٣٠/٥، المغني لابن قدامة ٢٣٢/٥، التمهيد لابن عبد البر ٢٠٧/٣، إعلام الموقعين لابن القيم ٤٤٥/٣.

الحوالة؛ لأن الحالّ لا يتأجل[١].

٤- إذا باع إنسان لآخر مبيعًا بثمن حالّ وقبل أن يقبضه أجله إلى أجل اتفقا عليه، أو باعه بثمن مؤجل فحل الأجل، فضرب له أجلا آخر - كان انتظاره لانتهاء الأجل غير لازم له، وله أن يطالبه به متى ما شاء، على قول من يقول بأن الحال لا يتأجل، ولم يكن له مطالبته إلا بعد مضي الأجل على قول من يقول بأن الحال يتأجل بالتأجيل[٢].

٥- إذا تم الصلح عن دين حال بمؤجل لم يلزمه التأجيل على قول من يقول: إن الحال لا يتأجل، وهو لازم له على القول بلزومه[٣].

٦- إن قال: أرهنك على أن تزيدني في الأجل لم يصح؛ لأن الدين الحال لا يتأجل، وإذا لم يثبت الأجل فسد الرهن لأنه في مقابلته[٤].

٧- إذا استأجر إنسان من آخر عينًا، وبعد أن حل استحقاق الأجرة أجلّه المؤجر مدة - كان انتظاره تلك المدة غير واجب عليه، وكانت له مطالبته بالأجرة متى أراد بناء على القول بعدم تأجيل الحال، وكان هذا الانتظار واجبا عليه على القول بتأجيل الدين الحال.

٨- مهر الزوجة إذا كان حالا ولم يسلمه الزوج إليها أو إلى وليها ثم أجلته عنه لمدة فإنه يكون حالا ولا يجب عليها هذا التأجيل على القول بأن الحال لا يتأجل، ويجب عليها عند القائلين بأن الحال يتأجل بالتأجيل.

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٥٥.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١١٧، الجامع للشرايع للحلي ١/٢٦٧.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٤.
(٤) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/١٦١.



رقم القاعدة: ١٠٠٢

نص القاعدة: ابْتِدِاءُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ مَمْنُوعٌ[١].

الصيغ الأخرى للقاعدة:

١- الدَّين بالدَّين ممنوع إذا كان من الطرفين[٢].

٢- الدَّين بالدَّين حرام في الشرع[٣].

٣- لا يجوز دين بدين[٤].

٤- المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض منهي عنه.

قواعد ذات علاقة:

١- لا يفسخ دين في دين[٥]. (قسيمة).

٢- الكالئ بالكالئ لا يصح[٦]. (أعم).

٣- ما قارب الشيء يُعطى حكمه[٧]. (معللة لاستثناء المالكية اليومين والثلاثة من حكم الكالئ).

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٢٦/٤.

(٢) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٨٦/٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٠٨/١٥.

(٤) الفواكه الدواني للنفراوي ١٠٠/٢.

(٥) المدونة الكبرى للإمام مالك (رواية سحنون) ٣٨٨/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظر: عيون المعبود لمحمد العظيم آباد ١٤٨/٩.

(٧) فتح الباري لابن حجر ٢٠٧/٣، حاشية ابن عابدين ١٨٤/٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

معنى القاعدة: أن المتعاقدين إذا أبرما عقد معاوضة على ألا يجري بينهما تسليم ولا تسلم، أي ألا يُقبِض كل واحد منهما صاحبه ما تعاقدا عليه، فيتأجل البدلان مع أن العقد ملزم للطرفين، فتكون صورة هذا العقد مقابلة دَين مؤخَّر في ذمةِ طرفٍ بدَين مؤخَّر في ذمة الطرف الآخر، إذا وقع ذلك كان هذا العقد محرما منهيا عنه كما نُصَّ عليه في الصيغتين من صيغ القاعدة: «الدَّين بالدَّين حرام إذا كان من الطرفين»، و«المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض منهي عنه».

قال العلامة ابن عرفة: «الدَّين بالدَّين لا يجوز، وحقيقته بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى، غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، وهو معنى قولهم ابتداء الدَّين بالدَّين»[1].

فيُستفاد من هذا التعريف أن الدَّينين المتقابلين في ابتداء الدَّين بالدَّين منشآن ابتداء عند إبرام العقد، ولذلك «سمي ابتداء دين بدين لأنه لا تعمر الذمة إلا بالعقد[2]؛ إذ كل منهما أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه[3]، ففي هذا القسم من أقسام الكالئ بالكالئ[4] حيث يتم إنشاء الدَّين بواسطة العقد الذي يربط بين إرادة طرفين، فيؤدي إلى اشتغال ذمتيهما بدينين، ويكون هذا الأمر حادثًا ناشئًا؛ إذ إن ذمتيهما قبل التعاقد كانتا خاليتين من الدَّينين، وذلك كبيع موصوف في الذمة بثمن مؤجل في الذمة.

وابتداء الدَّين بالدَّين هو القسم الثالث من أقسام الكالئ بالكالئ عند المالكية، وهو أخفها من حيث درجة الحرمة - وإن كان الكل ممنوعًا، كما

---

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٢٤، التاج والإكليل للمواق ٤/٣٦٧.

(٢) انظر: منح الجليل لعليش ٥/٤٣ و٥/٤٥، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٧٧.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/١٠١.

(٤) انظر: قاعدة "لا يفسخ دين في دين" في قسم القواعد الفقهية.

أفادت قاعدة: «الكالئ بالكالئ لا يصح» - لأنهم أجازوا في عقد السلم، الذي هو أوسع الأبواب الفقهية التي طبقت فيها القاعدة، تأخير رأس المال يومين أو ثلاثة، ولم يروا ذلك أجلا بناء على قاعدة: «ما قارب الشيء يعطى حكمه». بينما اشترط جمهور الفقهاء قبض رأس المال في المجلس وإلا اعتبر العقد من الدَّين بالدَّين فيفسد[1]. قال القرافي بعد أن عرض هذا الخلاف: «ومنشأ الخلاف: هل يسمى هذا التأخير دينًا أم لا؟ وأن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟»[2].

وقد بين بعض المالكية السبب في ذلك التخفيف فقال: «فسخ الدَّين أشد الثلاثة في الحرمة ويليه بيع الدَّين بالدَّين، وأخفها ابتداء الدَّين بالدَّين، لأنه يجوز في رأس المال التأخير ثلاثة أيام، وإنما كان فسخ الدَّين أشد في الحرمة؛ لأنه من ربا الجاهلية، والربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع، وأما الآخران فتحريمهما بالسنة»[3].

وضابط اعتبار المعاملة من ابتداء الدَّين بالدَّين:

١- أن تكون الذمتان خاليتين من الدَّينين المعقود عليهما قبل العقد، فمقابلة الابتداء إذن تستلزم عمارة ذمتين وقعت عمارتهما في زمن واحد[4]. فإذا كان كلا الذمتين أو إحداهما مشغولة بدَين سابق عن

---

(١) انظر: اختلاف الأئمة العلماء للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني ٤١١/١، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ -٢٠٠٢م بيروت/لبنان، بدائع الصنائع للكاساني ١١٣/٧، ١١٤، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي ص ٢٩٦، تحقيق علي عبد الحميد ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دمشق/سورية.

مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٥٦٩/٤ مرجع سابق، منح الجليل للشيخ عليش ٣٣٢/٥.

(٢) الذخيرة ٢٣٠/٥.

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي ١٥٧/٢، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن (كفاية الطالب الرباني) ١٨٢/٢، وقد ساق محمد أطفيش – من الإباضية - هذا الرأي وتبناه، انظر: شرح النيل ١٤٤/١٤.

(٤) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢٤/٢.

العقد، خرجت المعاملة من مقابلة الابتداء ودخلت قسما آخر من أقسام الكالئ بالكالئ.

٢- لا يتصور ابتداء الدَّين بالدَّين بين أكثر من طرفين، ومن ثَم إذا دخل طرف ثالث في العقد خرجت المعاملة من هذا القسم وأصبحت من بيع الدَّين بالدَّين. لذلك قال الشيخ الخرشي مفندًا ما قد يرد من اعتراض على أن بيع الدَّين بالدَّين لا يكون من أقل من ثلاثة أطراف: «ولا يتصور بيع الدَّين بالدَّين في أقل من ثلاثة، ولا يرد ما يأتي في بيوع الآجال المشار إليه بقوله: (كتساوي الأجلين إن شرطا نفي المقاصة للدين بالدَّين)، فقد وجد بيع الدَّين بالدَّين من اثنين، لأنَّا نقول: ليس هذا بيع دين بدين وهو ظاهر، وليس هو فسخ الدَّين في الدَّين أيضًا، فهو من ابتداء الدَّين بالدَّين إذ ليس للكالئ قسم رابع»[1].

ويسمي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ابتداء الدَّين بالدَّين: الواجب بالواجب أو المؤخر بالمؤخر[2]، أي مقابلة دين يجب في الذمة بدين آخر يجب في الذمة، أو مقابلة دين مؤخر بدين مؤخر.

وأما جمهور الفقهاء فيعبرون عن الأقسام الثلاثة ببيع الدين بالدين أو الدين بالدين أو النسيئة بالنسيئة، دون أن يخصصوا لكل قسم اسمًا خاصًّا به.

وابتداء الدَّين بالدَّين ممنوع عند المذاهب الأربعة بلا خلاف كما سيتبين من خلال أدلة القاعدة. وقد اعتبروه من أسباب الفساد، قال الشيخ الوزاني المالكي: «ابتداء الدَّين بالدَّين هو أحد وجوه الفساد في الشريعة»[3]، وقال

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٧٧/٥.

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى ٥١٢/٢٠، إعلام الموقعين ٢٩٣/١.

(٣) النوازل للوزاني ٣٢/٨.

السرخسي: «الافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل؛ لوجود شرط الفساد وهو الدَّينية، لأن الدَّين بالدَّين حرام، ولكن إذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد، فإذا لم يوجد كان العقد فاسدًا من أصله»[1].

وهذه القاعدة معملة في العديد من أبواب المعاملات كالسلم والصرف والإجارة وبيوع الآجال وغير ذلك.

أدلة القاعدة:

١- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الكالئ بالكالئ»[2] وفي بعض الألفاظ: «عن الدَّين بالدَّين»[3]، وهما سواء[4]. قال السرخسي عن شرط التقابض في الصرف: سمي الصرف صرفًا لما فيه من صرف ما في يد كل واحد من المتصارفين إلى يد صاحبه لاستحقاق قبض البدلين في المجلس، ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن، والثمن يثبت بالعقد دَينًا في الذمة، والدَّين بالدَّين حرام في الشرع لنهي النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ[5].

وقد علل الفقهاء النهي الوارد في الحديث بعلل هي:

- **الغرر:**

قال ابن رشد الحفيد: «لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤/١٤.

(٢) رواه الحاكم في المستدرك ٦٥/٢ (٢٣٤٢) وصححه ووافقه الذهبي، ٦٦/٢ (٢٣٤٣)، والدارقطني في سننه ٤٠/٤ (٣٠٦٠)، (٣٠٦١)، وابن أبي شيبة في المصنف ٤٦١/٤ (٢٢١٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٧٤/٥ (١٠٥٣٦-١٠٥٤٠)، وفي الصغير ٢٤٧/٢ (١٨٨٢)، ومعرفة السنن والآثار ٥٢/٨ (١١٠٩٨)، ٢١/٤ (٥٥٥٤).

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٤٧٤/٥ (١٠٥٣٩).

(٤) انظر: شرح الحديث في قاعدة: (لا يفسخ دَين في دَين) في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٣.

تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة... وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدَّين بالدَّين، ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدَّين بالدَّين من هذا الباب، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا»[١].

- **المنازعة وكثرة الخصومات والعداوات:**

يقول القرافي: «مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفتن حتى بالغ في ذلك بقوله: «لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا»[٢]، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سببًا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي لذلك من بيع الدَّين بالدَّين»[٣].

- **ربا النسيئة:**

قال أبو بكر الرازي: «من أبواب الربا الدَّين بالدَّين للنهي عن الكالئ بالكالئ ولحديث: «إنما الربا في النسيئة»[٤]. إلا أنه في العقد عن الدَّين بالدَّين، وأنه معفو عنه بمقدار المجلس لأنه جائز له أن يسلم دراهم في كُرٍّ[٥] حنطة وهما دَين بدَين، إلا أنهما إذا افترقا قبل قبض

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ص ٤٨٠ وانظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدِّين الرملي ١٨٤/٤. أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٢٢/٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢٩٦/٢، تحفة الحبيب للبجيرمي ٣٤٥/٣.

(٢) رواه مسلم ٧٤/١ (٥٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) الذخيرة للقرافي ٢٢٥/٥، الفروق له أيضًا ٤٦٩/٣، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد علي المكي المالكي ٤٦٨/٣.

(٤) رواه البخاري ٧٤/٣- ٧٥ (٢١٧٨) (٢١٧٩)، ومسلم ١٢١٧/٣ (١٥٩٦)/(١٠٢) واللفظ له.

(٥) الكُرُّ - بالضم والتشديد - من الكيل المعلوم وهو ستون قفيزًا. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي ٤٥١/٤، فتح القدير للسيواسي١٠٣/٧.

الدراهم بطل العقد، وكذلك بيع الدراهم بالدنانير جائز وهما دَينان، وإن افترقا قبل التقابض بطل[(١)].

وقال ابن القيم: «ونهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو الدَّين المؤخر بالدَّين المؤخر، لأنه ذريعة إلى ربا النسيئة، فلو كان الدينان حالين لم يمتنع، وفي الصورة المنهي عنها ذريعة إلى تضاعف الدَّين في ذمة كل واحد منهما في مقابل تأجيله، وهذه مفسدة ربا النساء بعينها»[(٢)].

- **الفساد والظلم:**

يقول ابن تيمية: «إذا باع دَينا يجب في الذمة ويشغلها بدَين يجب في الذمة، كالمسلِم إذا أسلم في سلعة ولم يُقبض المسلَم إليه رأس المال، فانه يثبت في ذمة المستسلِف دَين السلم وفى ذمة المسلِف رأس المال، ولم ينتفع واحد منهما بشيء، ففيه شغل ذمة كل واحد منهما بالعقود التي هي وسائل إلى القبض وهو المقصود بالعقد، كما أن السلع هي المقصودة بالأثمان، فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل كما لا يباع كالئ بكالئ، لما في ذلك من الفساد والظلم المنافي لمقصود الثمنية ومقصود العقود»[(٣)].

- **انعدام الفائدة:**

ومعنى هذا التعليل أن العقد إنما شرع لتترتب عليه آثاره، من انتقال الملكية والانتفاع بالبدلين وحرية التصرف فيهما وغير ذلك، وهذه الآثار هي التي لأجلها يقبل العقلاء على إبرام العقود، فالعقد سبب

---

(١) انظر: أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ١٨٦/٢.

(٢) إغاثة اللهفان لابن القيم الجوزية ٤٩٩/١.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٧٣/٢٩.

لملك العوضين، والأصل ترتب المسببات على أسبابها[1]، فإذا تأخر الثمن والمثمون تجرد العقد من مقصوده وأصبح عديم الفائدة. يقول ابن القيم: «فإن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة، فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة»[2].

٢- قوله ﷺ فيما رواه أبو سعيد – رضي الله عنه - قال: أبصرت عيناي ووعاه قلبي وسمعت أذناي رسول الله ﷺ يقول: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا تبيعوا الورِق بالورِق إلا مثلا بمثل، ولا تُشِفُّوا[3] بعضه على بعض، ولا تبيعوا شيئًا غائبا منه بناجز إلا يدًا بيد»[4]. فقوله ﷺ: «إلا يدًا بيد» صريح في تحريم الأجل يسيره وكثيره، موجب قبض العوضين بالكامل بحيث إذا تأخر شيء منهما مهما كان قليلا منع الصرف. ومن ثم فلا يجوز أن يتعلق البدلان أو أحدهما أو جزء منهما بالذمة، بل لا مناص من أن يكونا حالين مقبوضين، قال العدوي»: «يدًا بيد» أي ذا يد كائنة مع يد، كناية عن كونهما مقبوضين»[5].

٣- **الإجماع:**

قال الإمام أحمد بعد أن ضعَّف حديث الكالئ بالكالئ: «لا أعرف هذا الحديث من غير موسى[6] وليس في هذا حديث صحيح، وإنما

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣٨٦/٥.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٩/٢، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٧٣/٢٩.

(٣) "لا تُشِفُّوا": أي لا تفاضلوا، وهو من الشِّف بكسر الشين، وهي الزيادة هنا. سبل السلام للصنعاني ٣٧/٣.

(٤) رواه البخاري ٧٤/٣ (٢١٧٧)، ومسلم ١٢٠٨/٣ (١٥٨٤).

(٥) حاشية العدوي على شرح أبي الحسن ١٨٢/٢، وانظر: أصول السرخسي ١٤٨/٢.

(٦) يقصد راوي الحديث وهو موسى بن عبيد.

إجماع الناس على أنه لا يجوز دَين بدَين»[١]. وقال ابن حجر: «الدَّين بالدَّين حرام باطل إجماعًا»[٢]. وقال ابن شاس: «الدين، بالدين لا خلاف في فساده»[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال شخص لغيره: ألزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء بيت بمبلغ كذا مؤجل في ذمتي، أو قال له: تحملني إلى البلد الفلاني بمبلغ كذا في ذمتي، فإن كلا العوضين في الذمة، حيث إن الثمن غير مقبوض، بل ثابت في ذمة الطرف الأول، والمنفعة مضمونة في ذمة الطرف الثاني من غير تعيين للعين التي ستستوفى منها. وهذا ابتداء دَين بدَين وهو ممنوع[٤].

٢- من استصنع شيئًا مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة، فإن كان مضمونا إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئًا بعينه يعمله منه، جاز ذلك إذا قدَّم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدًا، لم يجز وصار دَينا بدَين[٥]. وابتداء الدَّين بالدَّين ممنوع.

٣- «التبايع يقع على ثلاثة أوجه: عرض بعرض، وعين بعين، وعرض بعين، ويقع التبايع بهذه الأجناس على ثلاثة أوجه أيضًا: يُنقدان جميعًا، ويُؤخَّران جميعًا، ويُنقد أحدهما ويُؤخَّر الآخر، فإن كانا

---

(١) العلل المتناهية في الأحاديث الواهية لابن الجوزي ٢/٦٠١.
(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٦٩، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٥٥.
(٣) عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٧٠.
(٤) التلقين ٢/٤٠١، منح الجليل لعليش ٧/٤٣٧.
(٥) مواهب الجليل للحطاب ٤/٥٣٩، ٥٤٠، تهذيب المدونة ٢/٥٥.

مؤخَّرين جميعًا فذلك الدَّين بالدَّين، وليس ببيع شرعي؛ لأنه منهي عنه على الجملة»[١].

٤- «لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول شخص لآخر: بعني ثوبًا في ذمتي بصفة كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول الآخر: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف»[٢]؛ لأنه من ابتداء الدين بالدين وهو ممنوع.

٥- «قال مالك: إن أسلمت إلى رجل مائة درهم في طعام ونقدته منها خمسين وأخر بخمسين إلى أجل لم يجز وفسخ البيع؛ لأنه الدَّين بالدَّين، ولا تجوز من ذلك حصة النقد؛ لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطل كلها»[٣].

٦- «المساقاة إذا وردت على الذمة كان فيها شبه من بيع الدَّين بالدَّين لأن العمل دَين على العامل، والثمرة - وإن لم تكن دَينًا - لكنها معدومة فهي في معنى الدَّين، وبيع الدَّين بالدَّين على هذه الصورة مجمع على بطلانه»[٤]؛ لأن ابتداء الدَّين بالدَّين ممنوع.

٧- إذا باع شخص سلعة بمائة إلى شهر، ثم اشتراها بالسعر نفسه أو أقل منه أو أكثر إلى الأجل نفسه – أي إلى الشهر، واتفق المتبايعان وقت العقد على نفي المقاصة بينهما بإسقاط الدَّينين، بل اشترطا أن يدفع

---

(١) المعلم بفوائد مسلم للإمام أبي عبد الله محمد بن علي المازَري ٢/٢٤، تحقيق متولي خليل عوض الله، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية لجنة إحياء التراث الإسلامي، طبعة١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، القاهرة.

(٢) المجموع للنووي ٣٠/٤١٦.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٤/٣٦٨، وانظر: الروضة البهية للعاملي ٢/٣٦٨.

(٤) فتاوى السبكي ١/٤٢٤.

كل منهما عند حلول الأجل ما عليه للآخر، فهذا هو معنى ابتداء الدَّين بالدَّين المنهي عنه، فإن اتفقا وقت العقد على المقاصة أو سكتا ولم يتفقا على نفيها جاز البيع، لسقوط المتماثلين من الدَّينين تلقائيًّا من حين العقد، ولا يبقى إلا الزائد في ذمة أحدهما، فخرج الأمر عن شغل ذمتين بدَينين[١].

٨- من العقود المعاصرة المبنية على ابتداء الدَّين بالدَّين العقود المستقبلية[٢]، أو المستقبليات التي يجري التعامل بها في الأسواق الدولية (البورصة)، حيث إن المتعاقدين يبرمان هذا العقد ولا يتم قبض البدلين عند إبرام العقد بل يحدد موعد للتسليم والتسلم؛ وهذا عقد باطل شرعًا؛ لأن ابتداء الدَّين بالدَّين ممنوع.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ٩٦/٥، المعاملات في الفقه المالكي (أحكام وأدلة) للصادق الغرياني، دار ابن حزم ص ٢١٥.

(٢) عرِّفت المستقبليات تعريفات عديدة منها أنها: " عقود تبرم في اللحظة التي تناسب طرفيها، على أن يتم تنفيذ ما ورد في العقد في تاريخ لاحق، أما محل العقد فهو سلعة أو أصل مالي، فهناك العقود على سلع زراعية مثل القمح والذرة، وعقود على الموارد الطبيعية كالذهب والبترول، فضلا عن العقود المستقبلية المالية. انظر: أساسيات الاستثمار في الأسواق المالية للدكتور منير إبراهيم هندي ص ٦٧٩.

رقم القاعدة: ١٠٠٣

نص القاعدة: الـمُسْتَحَقُّ فِي العَقْدِ الفَاسِدِ قِيمَةُ الـمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا الـمُسَمَّى[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده[(٢)].

٢- الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعًا[(٣)].

٣- ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد[(٤)].

٤- لا يجب المسمى في شيء من العقود الفاسدة[(٥)].

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري ٤٧/٨.

(٢) تكملة المجموع للمطيعي ١١٣/١٥.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٩/١١. ووردت في القبس لابن العربي ٨٦٨/٣ بلفظ: "كل عقد فاسد فإنه يرد إلى عوض مثله".

(٤) المغني لابن قدامة ٢٥٨/٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسبكي ٣٠٧/١، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢١٠/٢. ووردت في الحاوي للماوردي ٢٦٠/٤ بلفظ: "فساد العقد يمنع من استحقاق المسمى"، ووردت في المغني لابن قدامة ١٣/٥ بلفظ: "المسمى يسقط في العقد الفاسد"، ووردت في مغني المحتاج ٦٨/٦ بلفظ: "كل عقد فسد يسقط فيه المسمى".

٥- كل عقد استحق المسمى في صحيحه فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل[١].

٦- إذا فسد العقد فسدت التسمية فيرجع إلى القيمة[٢].

٧- هل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو قيمة المثل؟[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في ضمان العقود هو القيمة[٤]. (أعم).

٢- فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[٥]. (أصل للقاعدة).

٣- المقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه في حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه[٦]. (مكملة في شطرها الأول، وأخص في شطرها الثاني)[٧].

٤- المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض[٨]. (مبيّنة).

---

(١) جامع المقاصد للكركي ٣٣٧/٨.

(٢) البحر الزخار ٣٤/٥.

(٣) تقرير القواعد لابن رجب ٣٣٦/١.

(٤) العناية شرح الهداية ٩/٩. ووردت في المحيط البرهاني لابن مازه ٤٣٨/٩ بلفظ: "الأصل في الضمانات القيمة".

(٥) المنثور ٨/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٧٦/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المبسوط للسرخسي ٣١/١٣.

(٧) الضمان في العقد الفاسد قد يكون ضمان العين، وقد يكون ضمان العمل، كما في الإجارات والمشاركات، وهذه القاعدة تختص بالأول.

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢١٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٥- منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت[١]. (مكملة).

٦- كل عقد إجارة فسد يسقط فيه المسمى[٢]. (أخص).

٧- المضمون في البيع الفاسد القيمة، لا المسمى[٣]. (أخص).

٨- كل نكاح فاسد ففيه مهر المثل إذا كان مدخولا[٤]. (أخص).

شرح القاعدة:

المسمى هو: العوض الذي يقع به التراضي بين المتعاقدين، سواء أكان مساويًا للقيمة، أم أزيد منها، أم أنقص.

والقيمة هي: عوض المثل؛ قال السيوطي: «كل موضع اعتبرت فيه القيمة، فإنها عبارة عن ثمن المثل»[٥]، أو أجر المثل.

ومعنى القاعدة: أن العقد إذا فسد لخلل في وصف من أوصافه أو شرط من شرائط صحته ثم حصل فيه قبض واستهلاك للعين أو استيفاء للمنفعة أو العمل فإن الواجب فيه هو عوض المثل، لا المسمى، ويكون ضمانه حينئذ ضمان يد، لا ضمان عقد؛ فإذا هلك المبيع في يد المشتري في عقد فاسد فإنه يضمنه بمثله إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قيميًّا، ولا يجب عليه الثمن المسمى في العقد، وكذلك إذا استوفى المؤجر المنفعة في إجارة فاسدة فإن الواجب

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٦/٢٠٢.

(٢) حاشية تحفة المحتاج ٩/٢٨٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧٦. وورد في الاستذكار لابن عبد البر ١٩/٢٠٦ بلفظ: "البيع الحرام مردود أبدا فإن فات رجع فيه إلى القيمة".

(٤) التلخيص لابن القاص ص ٥٠٣. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤١.

عليه أجرة المثل، لا الأجرة المسماة؛ وذلك لأن الاتفاق فيه اتفاق لا يقره الشارع، والقبض المبني عليه قبض بغير حق؛ إذ «العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله»[1] رفعًا للفساد، ولا يجوز تقريره، فهو وإن كان يفيد الملك بالقبض عند الحنفية، إلا أنه ملك غير لازم، بل هو مستحق الفسخ، حقًّا لله تعالى.

والقاعدة محل اتفاق عند عامة الفقهاء من الحنفية[2] والشافعية[3] والحنابلة في المعتمد[4]، والظاهرية[5] والزيدية[6]، وكذا المالكية، إلا أنهم فرقوا بين الفساد المختلف فيه، والمتفق عليه، فالأول إذا فات وجب فيه المسمى؛ مراعاة للخلاف، بخلاف الثاني، قال الشيخ خليل: «فإن فات- العقد الفاسد- مضى المختلف فيه بالثمن، وإلا ضمن قيمته حينئذ، ومثل المثلي»[7]. ووافق ابن تيمية غيره من الفقهاء في أن الواجب في المقبوض بعقد فاسد هو المثل عند التلف؛ لأن المثل يقوم مقام العين، وخالفهم في الواجب عند فوات الحق باستيفاء العمل أو المنفعة، فأوجب العوض المسمى دون القيمة؛ حيث يقول: «الصواب أنه لا يجب في الفاسد قيمة العين أو المنفعة مطلقًا؛ وذلك لأن العين لو أمكن ردها أو رد مثلها لكان ذلك هو الواجب؛ لأن العقد لما انتفى وجب إعادة كل حق إلى مستحقه، والمثل يقوم مقام العين. أما إذا كان الحق قد فات مثل الوطء في النكاح الفاسد، والعمل في المؤاجرات والمضاربات، والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلا له، وإنما تجب في بعض المواضع:

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١.

(٢) انظر: المبسوط ١٣/٣١، البحر الرائق ٨/٤٧.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٧، مغني المحتاج ٦/٦٨.

(٤) انظر: المغني ٥/١٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٠، الإنصاف للمرداوي ٦/١٩٥.

(٥) انظر: المحلى ٦/٤١٥، ٤٣٠، ٧/١٥.

(٦) انظر: البحر الزخار للمرتضى ٥/٤، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٥٧.

(٧) مختصر خليل المطبوع مع منح الجليل ٥/٦٦.

كالمتلف، والمغصوب الذي تعذر مثله؛ للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلى الحق من القيمة، فكان ذلك هو العدل الممكن، كما قلنا مثل ذلك في القصاص ودية الخطأ وأرش الجراح. واعتبرنا القيمة بتقويم الناس؛ إذ ليس هناك متعاقدان تراضيًا بشيء، وأما هنا فقد تراضيًا بأن يكون المسمى بدلا عن العين أو المنفعة، والناس يرضون لها ببدل آخر، فكان اعتبار تراضيهما أولى من اعتبار رضا الناس»[(١)]. «ولهذا نوجب في ظاهر المذهب المسمى في النكاح الفاسد، وفي المضاربة الفاسدة، ونحوها على أحد القولين»[(٢)]. وما اختاره ابن تيمية هو أحد القولين عند الحنابلة، ومن أجل ذلك أورد ابن رجب الحنبلي القاعدة بالصيغة الاستفهامية فقال: «هل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو قيمة المثل؟»[(٣)].

والحنفية مع أخذهم بالقاعدة فإنهم يقيدون سقوط المسمى إذا كان في مقابلة ما ليس بمال بأن لا يزيد المثل عنه، أما إذا زاد المثل أو القيمة على المسمى فالعبرة بالمسمى حينئذ، كما في الإجارة الفاسدة، والسبب فيه هو ما بينه الكاساني بقوله: «إذا فسدت (التسمية في الإجارة) وجب المصير إلى الموجب الأصلي، وهو أجر المثل؛ لأنه قيمة المنافع المستوفاة، إلا أنه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية؛ بناء على أن المنافع عند أصحابنا غير متقومة شرعًا بأنفسها، وإنما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين، والعاقدان ما قوماها إلا بالقدر المسمى، فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد، وإنها لا تتقوم بلا عقد، بخلاف البيع الفاسد فإن المبيع بيعًا فاسدًا مضمون بقيمته بالغًا ما بلغ؛ لأن الضمان هناك بمقابلة العين، والأعيان متقومة بأنفسها فوجب كل

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٠٩/٢٩، ٤١٠.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٠٨/٢٩.

(٣) تقرير القواعد لابن رجب ٣٣٦/١.

قيمتها»[1]. وكذلك النكاح الفاسد، قال السرخسي: «المستوفى بالوطء (في النكاح الفاسد) ليس بمال، وإنما يتقدر بالمال بالتسمية، إلا أن المسمى إذا كان أكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة؛ لعدم صحة التسمية، فإذا كان أقل لم تجب الزيادة على قدر المسمى؛ لانعدام التسمية فيه، ولتمام التراضي على قدر المسمى، بخلاف المبيع فإنه مال متقوم بنفسه، فبدله يتقدر بالقيمة»[2].

والقيمة المعتبرة في ضمان المقبوض بعقد فاسد عند الهلاك هل هي قيمته يوم القبض، أم يوم العقد، أم يوم التلف؟ فيه خلاف بين الفقهاء، كما هو مفصل في قاعدة: «المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض»[3].

ومجال هذه القاعدة يشمل كافة العقود التي تنشئ التزامات متقابلة من المعاوضات والمناكحات، وهي عند الحنفية خاصة بالعقد الفاسد، وهو الذي يكون مشروعا بأصله، لا بوصفه، دون العقد الباطل وهو الذي لم يشرع أصلا، لا بأصله، ولا بوصفه؛ وذلك لأن «العقد الباطل لا يوجب شيئا»[4]، فلا تلزم الأجرة في الإجارة الباطلة باستعمال العين المأجورة، أو استيفاء المنفعة منها[5]؛ لأن «الإجارة الباطلة لا حكم لها رأسًا؛ لأن ما لا ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنـزلة واحدة»[6]، فمن استأجر نائحة أو مغنية فلا أجر لها؛ لأن فعلها معصية[7].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/٢١٨.

(٢) المبسوط ٤/٢٠٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٦٣، مجمع الضمانات ص٢١٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط ١٩/١٢٠.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٥١٢.

(٦) بدائع الصنائع ٤/٢١٨.

(٧) المحيط البرهاني لابن مازه ١١/٣٤٦.

وأما جمهور الفقهاء فلا فرق عندهم بين العقد الباطل والفاسد من حيث الأصل، إلا أنهم يوافقون الحنفية في إيجاب الضمان في العقود الفاسدة دون الباطلة من حيث الجملة، كما هو مفصل في قاعدة: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[١].

أدلة القاعدة:

١- لأن القيمة هي الموجب الأصلي في عقود المعاوضات؛ لأن مبناها على المعادلة، والقيمة هي العدل، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي[٢].

٢- لأن المسمى من توابع العقد وركن من أركانه، فإذا فسد العقد فسدت أركانه وتوابعه، فيبطل المسمى، وإذا لم يجب له المسمى، وجب المثل؛ لأنه إنما بذل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد حقه إليه، وذلك متعذر، فتجب القيمة[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترك اثنان على أن يبيع أحدهما أمتعته في دكان الآخر وأن يكون الربح مشتركًا بينهما فالشركة فاسدة، ويكون ربح الأمتعة لصاحبها؛ لأنه بدل ملكه، ويأخذ صاحب الدكان أجر مثل دكانه؛ لأن العامل استوفى منافعه بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١/١٠٥، الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٧، المنثور ٣/٨.

(٢) انظر: المبسوط ١٩/٥٢، بدائع الصنائع ٤/٢١٨، ٥/٣٠٤، المحيط البرهاني لابن مازه ٩/٤٣٨.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٤٢.

(٤) انظر: المبسوط ١١/٢١٩، فتح القدير لابن الهمام ٦/١٩٤، الفتاوى الهندية ٢/٣٣٤، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٥٩.

٢- إذا تلف المبيع في الشراء الفاسد في يد المشتري، أو وجد سبب من الأسباب التي تجعل رد المبيع متعذرا فيجب على المشتري أن يعطي قيمة المبيع للبائع إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات[١].

٣- لا يجوز استئجار جزار لتذكية حيوان وسلخه وتقطيعه بجلد ذلك الحيوان؛ لما في ذلك من الجهالة والغرر؛ لأنه لا يدري أيتقطع الجلد حال سلخه، أم ينفصل سليمًا، وهل يكون ثخينًا أم رقيقًا، فإن قام الجزار بالعمل على ذلك فله أجر مثله[٢].

٤- لو عقد معلم عقد عمل مع معهد لتعليم علم أو صنعة، دون تحديد مدة العمل فسد العقد للجهالة، فإن أوفى العمل استحق أجر المثل، لا المسمى[٣].

٥- من دفع إلى خياط ثوبًا وقال: إن خطته اليوم فلك مائة، وإن خطته غدًا فلك خمسون فسدت الإجارة؛ لجهالة الأجرة وعدم تحديدها، فإن خاطه فله أجر مثله، سواء زاد على التسمية أو نقص عنها[٤].

٦- إذا فسدت المضاربة لاشتراط رب المال فيه مبلغًا معلومًا من الربح، أو نحو ذلك فلا يستحق المضارب الربح المسمى، وإنما يكون له أجرة مثل عمله إذا عمل؛ لأنه أوفى العمل بحكم عقد فاسد، ويكون

---

(١) انظر: المبسوط ٤٩/١٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٩٥/١، الأم للشافعي ١٠٨/٧، المغني ١٣/٥، البحر الزخار للمرتضى ٣٤/٥.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٧، فتح العلي المالك ٢٢٩/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٤٥/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥٩٤/٣.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٦٥٣/١-٦٥٤.

(٤) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٧، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي ٧/٤، أسنى المطالب ٤٠٥/٢، المغني ٢٩٥/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٤٦/٢.

الربح جميعه لرب المال؛ لأنه نماء ملكه[١].

٧- لو نكح رجل امرأة نكاحًا فاسدًا ودخل بها وجب عليه مهر المثل، سواء كان أقل مما سمي لها أو أكثر[٢].

٨- إذا أبرم أحد عقد شراء سيارة مع البنك دون أن تدخل السيارة المأمور بشرائها في ملكية المصرف وضمانه فإن العقد فاسد، فإن قبضها المشتري وتلفت عنده بحادث اصطدام أو نحوه فإنه يضمنها بالقيمة السوقية، لا الثمن المسمى.

٩- لو استأجر سيارة ليسافر عليها ببدل معلوم، ولم يبين المدة، ولا المسافة، بل قال: حتى أرجع إلى بلدي، فالعقد فاسد، فإن استوفى المنفعة فللمؤجر أجر المثل على المستأجر، دون المسمى[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المبسوط ٢٣/٢٢، بدائع الصنائع ١٠٩/٦، المغني لابن قدامة ٤٢/٥، شرح النيل لأطفيش ٣١٤/١٠.

(٢) انظر: الأم ١٠٩/٤، مغني المحتاج ٣٨٦/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٢.

(٣) انظر: نظيره في شرح السير الكبير للسرخسي ٩٤٥/٣، ٩٤٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٠٧/١.



رقم القاعدة: ١٠٠٤

نص القاعدة: الأَصْلُ أَنَّهُ مَتَى تَجَانَسَ الْقَبْضَانِ نَابَ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ وإذا تغايرا ناب الْأَعْلَى عن الْأَدْنَى لَا عَكْسُهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى[٢].

٢- متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب الأقوى عن الأضعف، دون العكس[٣].

٣- الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون[٤].

٤- المضمون ينوب عن الأمانة، وعند اتحاد القبضين ينوب أحدهما عن الآخر[٥].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٨٨. وبنحوه في العناية للبابرتي ١٢/١٢١، مرآة المجلة لآصاف ١/٤٤٨، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٨٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٤٢.

(٣) البناية للعيني ٧/٨١٥.

(٤) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣٢٧. وبنحوه في مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ١/٤٨٢.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٠.

٥- إذا تجانس القبضان تناوبا، وإن اختلفا ناب المضمون عن غيره[١].

٦- قبض الأمانة ينوب عن مثله لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما[٢].

٧- القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثل اللاحق أو أقوى منه، أما إذا كان دونه فلا ينوب[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الأضعف لا يقوم مقام الأقوى[٤]. (تعليل).

٢- الضمان لا يجب إلا بالقبض[٥]. (متكاملة).

٣- قبض كل شيء بحسبه عرفًا[٦]. (متكاملة).

٤- التمكن من قبض ما يستحق قبضه يكون قبضًا[٧]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

قبض الشيء في اللغة: أخذه وتناوله باليد، يقال: قبض المال: أي أخذه[٨].

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/٣٧٨.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٩٥، حاشية ابن عابدين ٨/٤٤٨.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٩، ٣٠٠.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٦٢.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٣/٢٤.

(٦) مجلة الأحكام لأحمد القاري ١/١٥٢، العرف لعادل قوته ١/٤٥٣. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه".

(٧) الفروق للكرابيسي ٢/٧١.

(٨) انظر: المعجم الوسيط ٢/٧١١.

والقبض في اصطلاح الفقهاء: حيازة الشيء وتحصيله والتمكن من التصرف فيه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن، مثل قبض الدار والأرض، ونحوهما، وقد غلب عند المالكية، التعبير عن القبض، بالحوز والحيازة[١].

ومعنى تجانس القبضين: أي كون كل واحد منهما مماثلا للآخر في قوته، بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان؛ لأن الفقهاء قسموا القبض من حيث القوة والضعف في أثره إلى قسمين: قبض الضمان وقبض الأمانة.

فقبض الضمان: هو ما كان فيه القابض مسؤولا عن المقبوض تجاه الغير، فيضمنه، إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، كالمغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري.

وقبض الأمانة: هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع، أو المستعير، أو المستأجر، أو الشريك، وجعلوا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب.

فالمعقود عليه إذا كان عند العقد بيد المستحق بموجب عقد سابق، لا بيد الملك، لا يخلو الأمر من إحدى ثلاث:

١ - فإما أن يكون العقد السابق مثل العقد اللاحق في القوة، كأن يكون كل منهما عقد أمانة، مثل الوديعة والهبة، أو يكون كل واحد منها عقد ضمان، مثل الغصب والسرقة، والبيع ونحوها.

٢ - أو يكون العقد السابق أقوى من العقد اللاحق بأن يكون السابق يد

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١٣/١١٦.

ضمان، واللاحق يد أمانة، كأن يكون عنده غصبًا، فيتفقان على الإيداع عنده.

٣ - أو يكون العقد السابق أضعف من العقد اللاحق بأن يكون السابق عقد أمانة واللاحق عقد ضمان، كأن يكون عنده وديعة، فيبيعه منه.

فإن كان القبضان متماثلين في القوة ناب أحدهما عن الآخر وقام مقامه، ولا يحتاج إلى قبض جديد.

وكذلك إن كان السابق قبض ضمان واللاحق قبض أمانة، ناب القبض السابق عن اللاحق في هذه الحالة أيضًا، ولا يحتاج إلى استئناف القبض.

وأما إن كان السابق قبض أمانة واللاحق قبض ضمان فعندئذ لا يغني السابق عن اللاحق، بل لا بد من تجديد القبض عندئذٍ، فإن كان المعقود عليه في يد المستحق أمانة كعارية أو وديعة، مثلا، فاشتراه من مالكه فإنه لا يعتبر مستلمًا له إلا بقبض جديد. وهذا ما أفادته هذه القاعدة(١).

وهذه القاعدة من القواعد المعتمدة عند الحنفية خاصة، خلافًا لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة. حيث ذهب المالكية والحنابلة والإمامية - في المعتمد عندهم(٢) - إلى أن القبض السابق ينوب مناب القبض المستحق

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٨/٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢١٥/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٩، ٣٠٠، عقد البيع للشيخ الزرقا ص ١١٧.

(٢) حيث ذكر في الروضة البهية: "لو وهبه ما بيده لم يفتقر إلى قبض جديد، ولا إذن فيه ولا مضي زمان" يمكن فيه قبضه، لحصول القبض المشروط، فأغنى عن قبض آخر، وعن مضي زمان يسعه، إذ لا مدخل للزمان في ذلك، مع كونه مقبوضًا، وإنما كان معتبرا مع عدم القبض، لضرورة امتناع حصوله بدونه. وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع، أو عارية، أو غصب، أو غير ذلك، والوجه واحد. وقيل: بالفرق بين القبض بإذنه وغيره وهو حسن، إذ لا يد للغاصب شرعًا، (وكذا إذا وهب الولي الصبي)، أو الصبية (ما في يد الولي كفى الإيجاب والقبول) من غير تجديد القبض، لحصوله بيده، وهي بمنزلة يده، ولا مضي زمان. وقيل: يعتبر قصد القبض عن الطفل؛ لأن المال المقبوض بيد الولي له فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف وهو القصد وكلام الأصحاب مطلق. الروضة البهية للعاملي ١٩٢/٣، ١٩٣. وانظر أيضًا: فقه الصادق عليه السلام للسيد محمد صادق الروحاني ٢٨٢/٢٢.

بالعقد مطلقا سواء أكانت يده عليه يد ضمان أم يد أمانة، وسواء أكان القبض المستحق قبض أمانة أم قبض ضمان، ولا يشترط الإذن ولا مضي زمان يتأتى فيه القبض.

أما نيابته مناب القبض المستحق بالعقد، فلأن استدامة القبض قبض حقيقة، لوجود الحيازة مع التمكن من التصرف، فقد وجد القبض المستحق، ولا دليل على أنه ينبغي وقوعه ابتداء بعد العقد.

وأما عدم اشتراط كون القبضين متماثلين أو كون القبض السابق أقوى، بما ينشأ عنه من ضمان اليد، حتى ينوب عن القبض المستحق بالعقد، فلأن المراد بالقبض في العقد: إثبات اليد والتمكن من التصرف في المقبوض، فإذا وجد هذا الأمر، وجد القبض. أما ما ينشأ عنه من كون المقبوض مضمونًا أو أمانة في يد القابض، فليس لذلك أية علاقة أو تأثير في حقيقة القبض.

وقول الشافعية مثل قول المالكية، إلا أنهم قالوا: يشترط لصحة ذلك أمران:

أحدهما: الإذن من صاحبه - في الأظهر - إن كان له في الأصل الحق في حبسه، كالمرهون، والمبيع إذا كان الثمن حالا، ولم يوفه، أما إذا لم يكن له هذا الحق كالمبيع بثمن مؤجل، أو حال بعد نقد ثمنه، فلا يشترط عند ذلك الإذن.

والثاني: مضي زمان يتأتى فيه القبض، إذا كان الشيء غائبًا عن مجلس العقد[(١)].

ومجمل القول هو أن الخلاف بين الحنفية والجمهور ينحصر في صورة واحدة، وهي ما إذا كان العقد السابق أمانة واللاحق عقد ضمان. وقد أخذ

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٧٥/٣٢ فما بعدها. وراجع أيضًا: شرح ميارة على التحفة ١١١/١، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٩/٣، ٢٧٣، ٢٥٣/٤.

بعض القوانين المدنية برأي الجمهور، وهو ما مال إليه أيضًا الشيخ الزرقا - رحمه الله تعالى - حيث قال: «وهذا وجيه أيضًا، لما فيه من التسهيل وقطع المشكلات. وتفريق الحنفية في ذلك بين كون القبض السابق قبض ضمان أو قبض أمانة هو تفريق نظري لا تدعو إليه مصلحة عملية، ولا ينبغي أن ينبني عليه اختلاف في الحكم»[(١)].

ويتبين مما سبق أن مجال إعمال هذه القاعدة هو العقود التي يكون فيها قبض الأعيان.

أدلة القاعدة:

أما كون القبضين المتماثلين والمتجانسين يقوم أحدهما مكان الآخر فلأن التجانس يقتضي التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه، ويسد مسده.

وأما المتغايران فإن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة؛ وذلك لتأكد قبض الضمان باللزوم والملك، أما اللزوم فإن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع - مثلا - أجبر عليه، وبعد القبض ليس للبائع فسخ بخلاف قبض الأمانة فإنه لا يجبر عليه. وأما الملك: فلأن الضمان يثبت الملك - عند الحنفية - من الجانبين ولا يوجبه قبض الأمانة فكان أضعف. ومن المتقرر شرعًا أن الأقوى يقوم مقام الأضعف؛ لأن في الأعلى والأقوى ما في الأدنى وزيادة، بخلاف الأضعف فإنه لا يقوم مقام الأقوى[(٢)].

---

(١) عقد البيع للزرقا ص ١١٨/الهامش.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٩، العناية للبابرتي ٩/١٣٠.

تطبيقات القاعدة :

١- من أودع سيارة – مثلا – عند شخص أو أعارها إياه، ثم وهبها له، ملكها الموهوب له بمجرد الهبة، وإن لم يجدد فيها قبضًا؛ لحصول الشرط، وهو وجود القبض السابق، بدون الحاجة إلى قبض مستأنَف؛ لأن الأصل أنه متى تجانس القبضان -كما في هذه المسألة- ناب أحدهما عن الآخر[(١)].

٢- من أعار شخصًا شيئًا، ثم أودعه إياه، كانت وديعة عنده بمجرد العقد؛ وإن لم يقبضه منه؛ لأنهما متماثلان، فيقوم القبض السابق مكان اللاحق[(٢)].

٣- من غصب شيئًا من إنسان، ثم باعه المالك من الغاصب بيعًا صحيحًا جاز البيع، ولا يحتاج إلى قبض آخر، وليس للبائع منعه منه إلى قبض ثمنه، كما أن البائع يبرأ من التزام التسليم بمجرد العقد؛ لاتفاق القبضين في كونهما قبض ضمان. وكذا لو كان بيده مقبوضًا بالبيع الفاسد[(٣)].

٤- من سرق شيئًا أو غصبه، ثم وهبه المالك له أو أودعه إياه قبل القبض، أو تركه عنده بأي عقد من عقود الأمانة صح العقد، وإن لم يحصل قبض جديد؛ لأن القبض السابق قبض ضمان، واللاحق قبض أمانة، وقبض الضمان يقوم مقام قبض الأمانة لكونه أقوى[(٤)].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٩٤/٥، الجوهرة النيرة للحدادي ٢٦٥/٣، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ١٣/٧.

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ٢٦٥/٣، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١٦٩/١. عقد البيع للزرقا ص ١١٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني٢٤٨/٥، الجوهرة النيرة للحدادي ٢٦٥/٣، العناية للبابرتي ١٣٠/٩.

٥- لو باع الراهن المرهون من المرتهن وهو في حبسه لا يصير قابضًا بنفس الشراء ما لم يجدد القبض بأن يمكن من قبضه حقيقة بأن كان حاضرًا في مجلس الشراء أو يذهب إلى بيته ويتمكن من قبضه؛ لأن قبض الرهن قبض أمانة وإنما يسقط الدين بهلاكه لا بكونه مضمونًا، ولكن بمعنى آخر عرف في موضعه وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء. وكذلك إذا كان في يده أمانة مثل الوديعة والعارية والإجارة ونحوها لم يدخل في ضمان المشتري إلا أن يتمكن من قبض جديد؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان(١).

٦- يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب، لكن لا تكون العين مرهونة بيد الغاصب بمجرد العقد، بل لا بد من قبض جديد(٢)، بناءً على هذه القاعدة.

٧- لو أن المودِع باع الوديعة من المستودَع جاز البيع، لكن يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن القبض السابق قبض أمانة واللاحق قبض ضمان، وقبض الأمانة لا يقوم مقام قبض الضمان(٣).

٨- من رهن شيئًا، ثم وهبه للمرتهن صحت الهبة، ويصير الموهوب له قابضًا، وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضًا فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى؛ لوجود

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/ ٤٣.

(٢) ومنهم من قال: يكتفى بالقبض السابق، وهو مقتضى قول من لم يفرق بين قبض الضمان وقبض الأمانة، كما تقدم. انظر: مسالك الأفهام للشهيد الثاني ٥/ ٥٧، التاج المذهب للعنسي٣/ ٢٢٨.

(٣) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/ ٤٣٤.

الأدنى فيه وزيادة. وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن[١].

٩- إذا جعل رب السلم ماله الموجود في يد المسلم إليه رأس مال السلم، يصح السلم، وينوب القبض السابق للعقد مناب القبض المستحق في مجلسه إذا كانت يد المسلم إليه عليه يد ضمان لا يد أمانة؛ لأنه إذا كان القبض البديل مثل القبض المستحق أو أقوى منه أمكن أن ينوب عنه. أما إذا كان في يده أمانة - كيد الوكيل والوديع والشريك ونحو ذلك - فإن القبض السابق لا يقوم مقامه، ويحتاج إلى تجديد القبض في المجلس ليصح عقد السلم[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٢٧/٦، الفتاوى الهندية ٣٧٨/٤.

(٢) هذا عند الحنفية، أما الحنابلة فإن العقد يصح عندهم على كل حال، لأن قبض المسلم إليه السابق للعين المجعولة رأس مال السلم ينوب عن القبض المستحق بالعقد، ويقوم مقامه مطلقًا، سواء أكانت العين في يده أمانة أم مضمونة، ولا يحتاج إلى تجديد القبض. انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٩١/٣، الموسوعة الفقهية ٢٠٦/٢٥.



رقم القاعدة: ١٠٠٥

نص القاعدة: قَبْضُ الأَوَائِلِ هَلْ هُوَ قَبْضٌ لِلْأَوَاخِرِ أَوْ لَا؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- قبض الأوائل هل هو كقبض للأواخر أو لا؟[٢].

٢- قبض أول متصل الأجزاء هل هو قبض لجميعه أم لا؟[٣].

٣- هل قبض أول كقبض آخر؟[٤].

صيغ أخرى لشطر القاعدة الأول :

١- قبض الأوائل قبض الأواخر[٥].

٢- قبض الأوائل كقبض الأواخر بالجملة[٦].

---

(١) المعيار المعرب للونشريسي ٥٨٦/٦، إيضاح المسالك له ص١٥٣، القاعدة ١٠٢.

(٢) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٤٥/١ و٣٤٧/١ (نقلا عن قواعد المقري).

(٣) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٤٥/١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٨٨/١.

(٤) شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٨٨/١.

(٥) المعيار المعرب للونشريسي ٣٥٣/٥، البهجة في شرح التحفة للتسولي ١٥٤/٢، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٢٧٣/٣، وبلفظ: "قبض الأوائل قبض للأواخر، تهذيب الفروق لمحمد المالكي" ٢٧٣/٣.

(٦) الذخيرة للقرافي ٣٨٧/٦.

صيغ أخرى لشطر القاعدة الثاني :

١- قبض الأوائل ليس قبضا للأواخر[١].

٢- قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- قبض أوائل المنفعة قبض لأواخرها[٣]. (أخص من شطر القاعدة الأول).

٢- قبض أوائل الكراء قبض لجميع الكراء[٤]. (أخص من شطر القاعدة الأول).

٣- لا يفسخ دين بدين[٥]. (معللة لشطر القاعدة الثاني).

شرح القاعدة :

معنى هذه القاعدة أن الفقهاء اختلفوا في قبض أوائل أجزاء الشيء المعقود عليه إذا كان مما لا يقبض دفعة واحدة بل شيئًا فشيئا مع اتصال أجزائه، هل هي كقبض آخر الأجزاء منه أم لا؟

ومثال ذلك أن يأخذ الغريم في دينه سكنى دار، ومعلوم أن سكنى الدار منفعة لا يكتمل استيفاؤها بقبض الدار ولكنه قبض لأوائلها ودخول في

---

(١) البهجة للتسولي ١/٢٢٢، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٣/٢٧٣ شرح ميارة للتحفة ٢/٩١.

(٢) شرح الخرشي لمختصر خليل ٧/٣٦.

(٣) البهجة للتسولي ٢/١٧٧.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٥/٤٠، الذخيرة للقرافي ٨/١٩٨.

(٥) المدونة الكبرى لسحنون ٣/٣٨٨، وبلفظ: فسخ الدين في الدين ممنوع، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٨٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

استيفائها، لذلك جعله بعض الفقهاء قبضا للأواخر وأجاز قضاء الدين به وهذا ما يقرره الشطر الأول من القاعدة، ومنع ذلك بعضهم باعتبار قبض المعقود عليه (المنفعة) لم يكتمل، وهذا هو مقتضى شطر القاعدة الثاني.

والظاهر أن اطراد الخلاف في هذه القاعدة خاص بالمالكية فقد ظهر عندهم قديمًا بين عالمين من كبار تلاميذ الإمام مالك - رحمه الله - هما: ابن القاسم وأشهب، كلاهما يعزو قوله لإمام المذهب. أما جمهور العلماء فالأصل عندهم أن المتبايعين إذا تبايعا بدين وافترقا ولم يقبض المبتاع جميع ما ابتاعه فهو فيما لم يقبضه دين بدين[1]، واستثنوا من ذلك الإجارة، على أن بعض العلماء منعوها لأنها بيع ما لم يقدر على تسليمه عند العقد وليس سلمًا في الذمة؛ واستدل الجمهور المجيزون لها بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وبالشطر الثاني من القاعدة التي بين أيدينا حيث اعتبروا أن تسليم الرقاب تسليم منافعها وقبض الأوائل كقبض الأواخر[2].

وثمرة الخلاف في هذه القاعدة تظهر حيث كان لقبض المعقود عليه تأثيرا في جواز العقد وصحته ولذلك كثر إعمالها في المسائل الآئلة إلى تعمير الذمتين وفسخ الدين في الدين.

وعلى هذا فإن منشأ الخلاف في القاعدة هو أن القائلين بشطرها القاضي بأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر، وهم ابن القاسم ومن تبعه من المالكية، نظروا إلى كون ذمة المدين في المثال السابق، لا تبرأ إلا باستيفاء الغريم ما دفع له مقابل حقه ولا يقع ذلك إلا بعد تمام مدة السكنى ولا عبرة بالشروع عندهم في قبض المنفعة إثر العقد؛ لأنه قد يمنع من استكمال الاستيفاء مانع فيرجع

---

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٦/ ٣٤٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦/ ٣٧٢.

عليه بقيمة الدين فتصير ذمته مشغولة على غير الوجه الذي كانت عليه مشغولة، وذلك من باب الدين بالدين وهو ممنوع.

أما القائلون بشطرها الآخر وهم أشهب وابن المواز وغيرهما فجعلوا قبض المدين للدار بمنزلة قبضه لمنافعها، ونفوا وجه تحريمه إذا كان المفسوخ فيه معينًا أو منافع معين؛ لأن المعين لا يكون في الذمة وما لا يكون في الذمة لا يكون دَينًا فليس في هذه الصورة فسخ الدين في الدين، وإنما يكون ذلك إذا لم يشرع الغريم في أخذ شيء من المنافع.

علمًا بأن ابن القاسم جوز تأخير الحيازة اليسير كاليوم واليومين في بعض المسائل[١]، ثم إنه إنما منع فسخ الدين في منافع المعين في الاختيار لا الاضطرار[٢].

والقولان قويان في المذهب، ولذلك اعتبروا قول ابن القاسم المشهور فيه، وعبروا عن قول أشهب بأنه المنصور[٣]، والذي يظهر أن المتأخرين يرجحون مذهب أشهب، وذكر الدسوقي أن علي الأجهوري عمل به في نازلة: وهي أنه كان له حانوت فيه مجلِّد كتب فترتبت في ذمته أجرة فدفع له كتبًا يجلدها له بما في ذمته من الدين[٤].

ومن أقدم المسائل الفقهية التي يمكن اعتبار الخلاف فيها داخلا في هذه القاعدة ما اشتهر به العمل في المدينة حتى صار يسمى «بيعة أهل المدينة». فقد

---

(١) البهجة شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥٤.

(٢) فروق القرافي وما معه ٣/٤٠٤.

(٣) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٤٤ وكلام ابن رشد الحفيد يفيد أنه هو القياس عند كثير من المالكية، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٥٧ تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٣/٢٧٣.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٩٧.

ذكر مالك عن عبد الرحمن بن المجبر عن سالم بن عبد الله، أنه قال: «كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار، نأخذ كل يوم كذا وكذا رطلا والثمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك دَينًا بدين، ولم يروا به بأسًا»[١].

وهذه المسألة خالف فيها كذلك ابن القاسم باعتبارها آئلة للدين بالدين.

يقول ابن رشد الجد مبينًا وجه هذا الخلاف: «فهذا أجازه مالك وأصحابه اتباعًا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين، أحدهما أن يشرع في أخذ ما سلم فيه. والثاني أن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه على ما قال غير ابن القاسم ههنا، فليس ذلك بسلم محض؛ ولذلك جاز تأخير رأس المال فيه، ووجب فسخه إن مرض أو مات أو فلس، ولا يشترى شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله؛ وقد روي عن مالك أنه لم يجز ذلك، ورآه دَينًا بدين. قال: وتأويل حديث ابن المجبر أن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وإجازة ذلك على الشرطين المذكورين، هو المشهور في المذهب»[٢].

ومجال تطبيق القاعدة يشمل العقود وما يتصل بها.

أدلة القاعدة:

أولاً: أدلة القائلين بأن قبض الأوائل ليس قبضًا للأواخر:

لأن اعتبار قبض الأوائل قبضًا للأواخر في العقود قد يؤول إلى تعمير الذمتين وبيع الكالئ بالكالئ وهو منهي عنه[٣]؛ لأجل صورة التأخير في القبض إما في الكل وإما في الأجزاء[٤].

---

(١) المدونة الكبرى ١٠/٢٩٣.
(٢) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٧/٢٠٨.
(٣) سنن الدارقطني ٣/٧١، ٧٢.
(٤) فروق القرافي مع حاشيتي ابن الشاط ومحمد علي المالكي ٣/٤٠٤.

ثانيًا : أدلة القائلين بأن قبض الأوائل قبض للأواخر:

لأن المفسوخ فيه في مسائل القاعدة إما معين أو منافع معين، والمعين لا يكون في الذمة وما لا يكون في الذمة لا يكون دَينًا فليس هاهنا فسخ الدين، ولأن المنافع إذا أسندت لمعين أشبهت المعينات المقبوضة[١].

تطبيقات القاعدة :

١- يجوز عند أشهب لمن له دين أن يعطي لمدينه ثوبًا يخيطه له، أو يقوم له بعمل يتطلب استيفاؤه أمدًا؛ لأن قبض الأوائل قبض للأواخر. وقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك، جريًا على شطر القاعدة الثاني[٢].

٢- يجوز عند أشهب لمن له دين أن يستوفيه من المدين في سكنى دار أو حانوت أو ركوب دابة أو سفينة معينة ونحو ذلك إذا بدأ في الاستيفاء؛ لأن قبض الأوائل عنده قبض للأواخر. وابن القاسم لا يجيز ذلك عملا بشطر القاعدة الثاني[٣].

٣- من اكترى دابة مضمونة وشرع في ركوبها جاز له تأخير الأجرة على القول بأن قبض الأوائل قبض الأواخر وعلى أن لا فلا[٤].

٤- من له على شخص دين فأخذ عنه ثمرة يتأخر جذاذها كتمر بدا صلاحه، جاز قضاء الدين بذلك عملا بشطر القاعدة الأول القاضي بأن قبض الأوائل قبض للأواخر، ويمنع على شطرها الثاني[٥].

---

(١) فروق القرافي وما معه ٣/٤٠٤.
(٢) انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥٤.
(٣) انظر: البهجة للتسولي ٢/١٥٤، الاستذكار لابن عبد البر ٦/٣٤٣.
(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٤٥.
(٥) انظر: قواعد فقه المذهب المالكي لمحمد يحيى الولاتي ص٩٠، طبعة: مكتبة الولاتي لنشر التراث الإسلامي ٢٠٠٦م.

٥- من اكترى دارا لعام فسكن ستة أشهر - مثلا - ثم مات فإنه إنما يحل عليه كراء الأشهر الستة التي سكن دون كراء ما لم يسكن، وإذا اكترى ومات قبل السكن لم يحل عليه شيء. وهذا على أن قبض الأوائل ليس قبضًا للأواخر. وأما على أن قبض الأوائل قبض للأواخر فإن رب الدار يحاصص غرماء المكتري بما سكن وما لم يسكن أي بكراء جميع السنة[١].

٦- إذا تلفت وسيلة النقل المستأجرة المعينة ببعض الطريق فلا يجوز للمكري أن يعطي للمكتري وسيلة أخرى يركبها بقية سفره إن كان نقد الأجرة للمكري؛ لأنه فسخ ما وجب له من الأجرة في منافع يتأخر قبضها، بناء على أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر[٢]. وجوز بعض الفقهاء ذلك[٣]، جريًا على شطر القاعدة الآخر.

٧- من اكترى داره لخمس سنين بخمسين دينارًا هل يزكي الخمسين كلها إذا مضى حول واحد لأن بقية الخمس سنين كالمقبوض ولا خلاف أن السنين كلها لو انقضت لوجب زكاة الخمسين دينارًا، أو يقال: لا تلزمه زكاة الخمسين دينارًا لجواز أن تنهدم فيجب رد ما انتقد من الكراء، والقولان جاريان على شطري القاعدة[٤].

٨- يجوز تأخير الثمن إذا شُرِع في أخذ المثمن كالسلم في

---

(١) انظر: شرح ميارة للتحفة ٢/٩١.

(٢) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٥/٧/٣٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٥ — ٤٢٥.

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٤٧.

الخبـــز والفواكه؛ تنزيلا لقبض البعض منزلة قبض الكل، فلا يكون من باب ديـن بدين؛ تخريجًا على جواز قبض أوائل المنافع المأخوذة في الديون[١]. حيث إن قبض الأوائل كقبض الأواخر.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/٢٢٩.

رقم القاعدة: ١٠٠٦

نص القاعدة: مَا كَانَ القَبْضُ فِيهِ مِنْ تَمَامِ العَقْدِ فَلَا يَلْزَمُ إلَّا بِالقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

ما يفتقر إلى القبض لا يلزم إلا بقبضه[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- لا تمام للعقد قبل القبض[٣]. (مكملة).

٢- الصلات لا تتم إلا بالقبض[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٣- ما اشترط القبض لصحة عقده لا يصح التصرف فيه قبل القبض[٥]. (مكملة).

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٤٠٦.

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٣٩٨، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٧٢.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٨٨. ووردت في البحر الزخار للمرتضى ٤/١٣٩ بلفظ: "القبض من تمام العقد".

(٤) المبسوط للسرخسي ٥/١٩٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) القواعد لابن رجب ص٨٢. وانظر قاعدة: "هل يجوز التصرف في المملوكات قبل قبضها" في قسم القواعد الفقهية.

٤- المعين هل يلزم بالعقد أم لا بد من القبض[١]. (أخص باعتبار شطرها الأول).

٥- التبرع لا يلزم قبل اتصاله بالقبض[٢]. (أخص).

٦- الهبة لا تلزم قبل القبض[٣]. (أخص).

شرح القاعدة :

المقصود بتمام العقد : ترتب آثاره عليه من انتقال الملك أو استقراره ونحو ذلك.

ومعنى القاعدة : أن العقود التي تفتقر إلى القبض في تمامها وحصول آثارها فإنها لا تلزم إلا بالقبض وتسليم العين، ولصاحبها التغيير فيها بالزيادة أو النقصان أو الرجوع فيها قبل القبض؛ فمن وهب هبة جاز له الرجوع فيها قبل أن تقبض؛ لأنها تبرع، والتبرع لا يتم إلا بالقبض، فلا يلزم إلا به، وكذلك «الصدقة لا تتم إلا بالقبض»[٤]، و«الإقراض لا يتم بدون القبض»[٥]، فلا يلزم إلا به، ومن عقد السلم على موصوف في الذمة بمثله لا يكون العقد لازمًا حتى

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧١/٣١. ووردت في العناية شرح الهداية ١٨/٧ بلفظ: "كل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض". ووردت في الإنصاف للمرداوي ١٢٠/٧ بلفظ: "لا يفتقر المعين إلى القبض".

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٠٤/٣. ووردت في الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤٨/٤ بلفظ: "التبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض"، وفي حاشية الرملي على أسنى المطالب ٣٣١/٢ بلفظ: "التبرع لا يلزم إلا بالقبض". وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التبرع لا يتم إلا بالقبض".

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٣٤/٣. ووردت في حاشية البجيرمي على الخطيب ٤٧١/٣ بلفظ: "الهبة لا تلزم إلا بالقبض". وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " الهبة لا تلزم إلا بالقبض".

(٤) المبسوط للسرخسي ٣٥/١٢.

(٥) معين الحكام للطرابلسي ص ١٢٦.

يحصل قبض رأس المال في المجلس؛ لأنه شرط في تمامه، وما كان مفتقرًا إلى القبض في تمامه فلا يلزم إلا به.

والقبض في العقود على قسمين[١]:

أحدهما: أن يكون القبض أثرًا من آثار العقد وواحدًا من موجباته؛ كالمبيع في البيع[٢] والصداق في النكاح فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها، فإذا تم انعقادها وجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري ووجب على الناكح تسليم الصداق إلى المرأة.

والثاني: أن يكون القبض شرطًا في تمام العقد، وهو على نوعين: قبض مجرد، وقبض مقيد، فالقبض المجرد هو ما يلزم فيه العقد بمجرد القبض، سواء أكان في مجلس العقد أم بعده، كالقبض في عقود التبرعات من الهبة والوقف والوصية ونحوها، كما هو مقرر في قاعدة: «التبرع لا يتم إلا بالقبض»[٣]، وأما القبض المقيد فهو ما يشترط فيه أن يكون في مجلس العقد، فمتى افترق العاقدان من المجلس قبله بطل العقد، كالقبض في عقد الصرف وما في حكمه من الأموال الربوية.

وقد حصر بعض العلماء العقود التي يتوقف تمامها على القبض فبلغت اثني عشر عقدًا، ومنهم علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية حيث قال: «العقود الموقوف تمامها على القبض هي اثنا عشر عقدًا وهي: (١) الهبة، (٢) الصدقة، (٣) الرهن، (٤) العمرى، (٥) النحلة، (٦) الصلح (بعض أقسامه)،

---

(١) انظر: المنثور ٢/٤٠٦، ٤٠٧، القواعد لابن رجب ص ٧١.

(٢) هذا هو مذهب عامة العلماء، وذهب القاضي أبو يعلى من الحنابلة إلى أن البيع إذا وقع على غير معين - كقفيز من صبرة - لا يلزم إلا بالقبض. انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٨، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٧٢- ٤٦٢.

(٣) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٣٠٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) رأس مال السلم، (٨) إذا ظهر بعض رأس مال السلم زيوفا قبض بدله بذلك المجلس، (٩) الصرف، (١٠) الكيل إذا بيع بكيل من جنس آخر قبض بدله بذلك المجلس، (١١) الوزن إذا بيع بوزن من جنس آخر قبض بدله بمجلس البيع، (١٢) البيع الفاسد»[١]. ويلاحظ أنه ذكر صورتين متعلقتين بعقد السلم وحده، وكذلك صورتين متعلقتين بالأموال الربوية، وجعل كل واحدة منها بمثابة عقد مستقل.

وهذه القاعدة تتفرع عنها قواعد وضوابط منها: «التبرع لا يتم إلا بالقبض»، فهي تختص بالتبرعات دون المعاوضات، ومنها: «الهبة لا تتم إلا بالقبض» فهو ضابط يختص بباب الهبة، وللقاعدة علاقة العموم والخصوص الوجهي مع قاعدة: «الصلات لا تتم إلا بالقبض». فهذه أعم من جهة شمولها لكل ما يستحق بطريق الصلة، سواء أكان لازمًا ابتداء، وإنما تمامه بانتقال الملك بالقبض؛ كنفقة القريب، أم كان جائزًا ابتداء، وتمامه بلزومه بالقبض؛ كعقود التبرعات. وقاعدتنا أعم من جهة أنها تشمل عقود التبرعات والمعاوضات التي يتوقف تمامها ولزومها على القبض؛ كالصرف والسلم.

وقد اتفق الفقهاء على العمل بالقاعدة في العقود التي يتوقف صحتها على القبض؛ كالصرف، فهو لا يصح إلا بالقبض، ويبطل بالتفرق قبله، فلا يكون لازمًا قبل حصوله[٢]، أما عقود التبرعات فلزومها بالقبض هو ما ذهب إليه الجمهور، وعليه فالقاعدة جارية فيها أيضًا، خلافًا للمالكية وابن حزم من الظاهرية[٣]، كما هو مبين في قاعدة: «التبرع لا يتم إلا بالقبض»[٤].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٣٥٠.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي٢/ ١٠، تكملة المجموع للسبكي١٠/ ٧٣، المغني لابن قدامة٤/ ٥٤.

(٣) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢/ ٢٨١، المحلى لابن حزم ٨/ ٦٢ -٧١.

(٤) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/ ٣٠٦، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/ ٤٨١. ووردت في المجلة العدلية، المادة: ٥٧ وشروحها بلفظ: "لا يتم التبرع إلا بالقبض". وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

أدلة القاعدة :

١- قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣]. ووجه الدلالة: أن الله عز وجل وصف الرهن بكونه مقبوضًا، فيقتضي ذلك أن يكون القبض فيه شرطًا؛ لأن «الأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطًا فيه؛ إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة»[(١)]، فدل ذلك على أنه عقد يفتقر إلى القبض فلا يلزم إلا به، إذ لو لزم بدونه لما كان للتقييد به فائدة[(٢)].

٢- ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «يقول ابن آدم: مالي مالي. وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت»[(٣)]. ووجه الدلالة أن النبي ﷺ شرَط في تمام الصدقة الإمضاء، والإمضاء هو الإقباض[(٤)]. ويقاس على الصدقة غيرها من عقود التبرعات.

٣- قاعدة: «الصلات لا تتم إلا بالقبض»[(٥)] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا وقع البيع على غير معين، كقفيز من صبرة، ورطل زيت من دن، فلا يلزم البيع إلا بالقبض، ولكل واحد من المتعاقدين الخيار في

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣.
(٢) انظر: الحاوي للماوردي ٦/٧، أسنى المطالب ٢/١٥٥، نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٥٤.
(٣) رواه مسلم ٤/٢٢٧٣ (٢٩٥٨).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٤٨، ٤٩، بدائع الصنائع ٦/١٢٣، أقضية رسول الله ﷺ لابن الطلاع القرطبي ص١٢١. ط. دار الوعي بحلب.
(٥) المبسوط ٥/١٩٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

الفسخ والإمضاء، ولو تفرقا؛ وذلك لأن ما يفتقر إلى القبض لا يلزم إلا بقبضه[(١)].

٢- إذا تم العقد على مبيع في الذمة، بثمن معين كان سَلَما، ولا يمكن إجبار أحد المتعاقدين فيه على القبض؛ لأن الإجبار لا يكون إلا بعد اللزوم، وهو لا يلزم إلا بالقبض، والتفرق من المجلس[(٢)].

٣- إذا أراد الواهب الرجوع في هبته قبل القبض فله ذلك؛ لأنها لا تلزم ولا تملك إلا بالقبض[(٣)].

٤- يجوز للراهن الرجوع في المرهون والتصرف فيه ما لم يقبضه المرتهن أو نائبه؛ لأنه لا يلزم من جهة الراهن إلا بإقباضه[(٤)].

٥- لا تصح إجارة الذمة - وهي الواردة على منفعة موصوفة في الذمة غير معينة بالذات، كأن يستأجر سيارة موصوفة بصفات يتفق عليها - إلا بقبض المؤجر الأجرة في مجلس العقد؛ لأن إجارة الذمة سلم في المنافع، والسلم يفتقر إلى القبض فلا يصح، ولا يلزم إلا به، ويبطل بالتفرق قبله[(٥)].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٨/٤، الإنصاف للمرداوي ٣٧٢/٤. وهو مذهب القاضي أبي يعلى من الحنابلة.

(٢) انظر: حاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٨/٣.

(٣) انظر: المبسوط ٥٧/١٢، الأم للشافعي ٢٣٧/٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٣٦٧/٢، المغني لابن قدامة ٣٨٠/٥-٣٨١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٣٤/٣.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ١٤٠/١٠، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢٩٩/٢، المنثور ٤٠٦/٢، شرح منتهى الإرادات ١٠٨/٢.

(٥) انظر: المنثور ٣٧٣/٢، أسنى المطالب ١٩٧/٢، تحفة المحتاج للهيتمي ١٢٥/٦.

٦- لا يصح عقد المضاربة إلا بتسليم رأس المال إلى المضارب؛ لأن المضاربة انعقدت على أن يكون رأس المال من أحد الطرفين والعمل من الطرف الآخر، ولا يتحقق منه العمل إلا بعد استلام رأس المال من يد رب المال[١]، وما يفتقر إلى القبض لا يلزم إلا به.

٧- لا يلزم الوقف بعد تمام صيغته بدون القبض، ويكون القبض بتسليمه إلى الحاكم أو القيم المنصوب من قبله، وفي المسجد بأن يخليه ويصلي الناس فيه، وفي كل شيء بحسبه؛ وذلك لأن الوقف نوع من الصدقات، والصدقات لا تلزم إلا بالقبض، فلو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف[٢].

٨- إن قال: لفلان في مالي ألف، أو له علي ألف، وفسر إقراره بهبة قُبل منه، ولا يجبر على تقبيضه؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلا يلزم قبله[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٢٣، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٣١١، تبيين الحقائق ٥/٥٦.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١/٣٣٤، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٣٤. وهو مذهب الإمام محمد من الحنفية دون غيره.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٦٣٤، كشاف القناع للبهوتي ٦/٤٧٣.

رقم القاعدة: ١٠٠٧

نص القاعدة: إِذَا اجْتَمَعَ الفَسْخُ وَالْإِجَارَةُ، بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا اجتمع الفسخ والإجازة، تغلَّب الفسخ[٢].

٢- النقض يرِد على الإجازة، والإجازة لا ترِد على النقض[٣].

٣- إذا وقعت الإجازة والفسخ في وقت واحد يعتبر الفسخ[٤].

٤- النقض أولى من الإجازة[٥].

٥- الفسخ يلحق المجاز فيبطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه[٦].

٦- الفسخ أقوى من الإجازة[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٥.

(٢) المنثور للزركشي ٥٢/٣، ورد في النسخة المطبوعة تغلب الإجازة وصوبه محشيه العبادي نقلا عن خط المؤلف بما أثبتناه انظر: حاشية العبادي على المنثور ص ١٠٨.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٨٩/٢٥.

(٤) شرح المجلة للمحاسني ٢٤١/١.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٨٨/٢٥، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧١/٥.

(٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٢٢/٦.

(٧) الوسيط للغزالي ١١٥/٣، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧١/٥.

قواعد ذات علاقة :

١- المانع مقدم على المقتضي[١]. (أعم).

٢- كل ما لو تم منتهاه كان رجوعا فمبدؤه أيضًا رجوع[٢]. (تكامل).

٣- خيار الشرط موضوع للفسخ لا للإجازة[٣]. (مبينة).

٤- تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو إجازة[٤]. (مقيدة).

شرح القاعدة :

الفسخ لغة: النقض، يقال: فسخ الشيء يفسَخه فسخًا فانفسخ أي: نقضه فانتقض واصطلاحًا إنهاء العقد، ورفع جميع أحكامه وآثاره واعتباره كأن لم يكن وقلب كل واحد من العوضين لصاحبه برد الشيء واسترداد مقابله، فهو في معنى الإلغاء والإبطال. والتعبير به في العقود أغلب، ويقل في العبادات، ويكون في العقود قبل تمامها، وعند تمامها بشروط مبينة في محالِّها[٥]. والأصل في الفسخ أن يطلق على ما صح أولا ثم انفسخ، ولكنه يطلق على ما لم ينعقد أولا كذلك[٦].

وأسباب الفسخ خمسة:

١- **التراضي** : كالإقالة فإنها فسخ اتفاقي يقتضي رجوع كل من العوضين لصاحبه.

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) شرح المجلة للأتاسي ٢/٢٨٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٧١.

(٥) انظر: الموسوعة الكويتية ٦/١٨٥.

(٦) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٣٩٤.

٢- **الخيار**: كأن يشترط أحد المتعاقدين الخيار بين إمضاء العقد وفسخه.

٣- **عدم لزوم العقد**: مثل رجوع الموصي عن وصيته.

٤- **استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة**: كعدم استطاعة المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة فيسقط التزامه بدفع الأجرة وتفسخ الإجارة.

٥- **فساد العقد**: كجهالة المبيع أو الثمن[١].

وقاعدتنا جارية في السببين: الثاني (الخيار)، والثالث (عدم لزوم العقد).

والإجازة في اللغة الإنفاذ، يقال: أجاز الشيء: إذا أنفذه. والفقهاء يستعملونها في باب العقود بمعنى إنفاذها في مقابل فسخها ونقضها.

والفسخ والإجازة يكونان قوليَّين أو فعليَّين[٢].

واجتماع الإجازة والفسخ وقوعهما معا دون مرجح لواحد منهما.

ومعنى القاعدة: أنه إذا اجتمع إجازة العقد وفسخه ممن له ذلك من المتعاقدين، بحيث كانا متعارضين فإن الإجازة تبطل ويغلب الفسخ. ويتصور ذلك في الفسخ الواقع بسبب الخيار؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ، دون الإجازة[٣]، لأصالتها؛ أو في العقود غير اللازمة.

---

(١) عند الحنفية القائلين بفسخ العقد الفاسد في المعاملات لإزالة سبب فساده، انظر: الموسوعة الكويتية ١٣٣/٢٢، ١٣٤، ١٣٥.

(٢) انظر: تفاصيل ذلك في درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٨٨/١.

(٣) انظر: الروضة البهية لزين الدين بن علي العاملي ٤٤٩/٣.

أما الفسخ والإجازة المترتبان على الخيار في البيوع فإما أن يقع فيهما نزاع بين المتعاقدين أو لا.

فإذا لم يقع فيهما نزاع فإنه إذا كان البائع والمشتري مخيرين معا فإن المبيع يبقى في ملك البائع والثمن في ملك المشتري حتى يقع واحد من الاحتمالات الأربعة التالية:

أولاً: أن يجيز الاثنان البيع.

ثانيًا: أن يفسخاه.

ثالثًا: أن يجيزه البائع ويفسخه المشتري.

رابعًا: أن يفسخه البائع ويجيزه المشتري.

ففي الصورة الأولى يكون البيع لازمًا؛ لأنه لم يقع تعارض فيها بين الفسخ والإجازة كما إذا مرت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار البيع أو أجازاه.

وينقض البيع في الصور الثانية والثالثة والرابعة، سواء أوقعت الإجازة قبل الفسخ أم بعده أو وقعت هي والفسخ في وقت واحد. أما الصورة الثانية فلم يقع فيها تعارض بين المتعاقدين أيضًا، وأما الثالثة والرابعة فالفسخ فيهما مغلب على الإجازة لاجتماعه معها جريًا على قاعدتنا. ولا يعني هذا أنه لا يجوز البيع إذا فسخ أحدهما البيع ثم أجازه الثاني وقبل الطرف الذي فسخ البيع تلك الإجازة؛ لأن ذلك بمنزلة بيع آخر فلا مانع من جوازه استحسانًا[١].

أما إذا وقع تنازع في الفسخ والإجازة بين المتعاقدين، فإنهما إما أن يكونا أصيلين أو يكونا أجنبيين أو واحد منهما أجنبيًا والآخر أصيلا. وفي كلتا الحالتين

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٥٢، ٢٥٣.

إما أن يقع ذلك في مدة الخيار أو بعده، وقد فصل الإمام الكاساني[١] أحكام ذلك على النحو التالي:

١- **حالات النزاع بين متعاقدين أصيلين:**

الحالة الأولى: أن يكون الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويقول أحد المتعاقدين: فسخنا البيع، ويقول الآخر: لا بل أجزنا البيع جميعًا، فاختلافهما لا يخلو من أن يكون:

١- **في مدة الخيار:** فالقول قول من يدعي الفسخ؛ لأنه يحق لأحدهما أن ينفرد بالفسخ، وليس له أن ينفرد بالإجازة، ولو قامت لهما بينة، فالبينة بينة من يدعي الإجازة لأنه المدعي[٢].

٢- **بعد مضي مدة الخيار:** بأن يقول أحدهما: مضت المدة بعد الفسخ، ويقول الآخر: بعد الإجازة، فالقول قول من يدعي الإجازة؛ لأن الحال حال الجواز، وهو ما بعد انقضاء المدة، فترجح جانبه بشهادة الحال، فكان القول قوله، ولو قامت لهما بينة، فالبينة بينة مدعي الفسخ؛ لأنها تثبت أمرًا بخلاف الظاهر، والبينات شرعت لذلك.

الحالة الثانية: أن يكون الخيار لأحدهما، ويختلفان في الفسخ والإجازة، فإما أن يكون ذلك:

١- في مدة الخيار، فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الإجازة؛ لأنه يملك الأمرين جميعًا، والبينة بينة الآخر؛ لأنه هو المدعي.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٧١.

(٢) انظر: كذلك القوانين الفقهية لابن جزي ص١٨٠، وعبارته: "وإن اختلفا في الرد والإمضاء فالقول قول من أراد الرد".

٢- بعد مضي مدة الخيار، فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان؛ لأن الحال حال الجواز، وهي ما بعد مضي المدة.

وهذا كله مقيد بألا تؤرخ البينات، وإلا فإن أسبقهما تاريخًا تكون أولى سواء قامت على الفسخ أو على الإجازة.

٢- النزاع بين متعاقدين غير أصيلين.

أما إذا كان شرط الخيار لغير العاقدين الأصيلين بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبي، فإن ذلك جائز، وللشارط، والمشروط له خيار الفسخ والإجازة. وأيهما أجاز جاز، وأيهما، فسخ انفسخ؛ لأنه صار شارطًا لنفسه مقتضى الشرط لغيره، وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ، والإجازة، فإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر كأن يجيز الأجنبي ويفسخ الأصيل[١] أو يقع العكس فإما أن يكون ذلك منهما:

١- **على التعاقب**: فأولهما أولى، فسخًا كان أو إجازة؛ لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين، فأيهما سبق وجوده بطل الآخر لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد.

٢- **أو في وقت واحد**: فالفسخ أولى على القول الصحيح لدى الحنفية جريًا على قاعدتنا[٢]. ويقابله القول بتغليب الإجازة باعتبار تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو إجازة.

---

(١) عند الحنفية والمالكية والحنابلة. بل إن الحنابلة جعلوا الخيار لهما أيضًا فيما لو قصر العاقد الخيار على الأجنبي وقال: هو له دوني، وذهب أبو يعلى منهم إلى أنه حينئذ لا يصح، خلافًا للأصح عند الشافعية من أنه يثبت للأجنبي وحده. انظر: الموسوعة الكويتية ٢٠/٩١، ٩٢.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٤٥.

وخلاصة هذه التفريعات: أن قاعدتنا جارية في الفسخ الواقع بسبب الخيار حيث لم يكن للإجازة مرجح خارجي كانقضاء مدة الخيار، أو كون مدعيها هو صاحب الخيار.

وينبغي التنبيه إلى أن الخيار قد يكون لشخص واحد في غير البيوع فيقع منه الإجازة والفسخ فيغلب الفسخ، كما لو عقد ولي المرأة النكاح عليها دون علمها ثم أبلغها فردت النكاح ثم أجازته فإنه لا يجوز[١].

أما العقود غير اللازمة فقد يجتمع فيها الفسخ والإمضاء فيغلب الفسخ لكونه سائغًا شرعًا؛ لأن عدم لزومها يبيح الرجوع فيها إذا توافرت شروطه المعتبرة المحددة في محالِّها[٢]. ويقع الرجوع عنها تصريحًا أو دلالة بل يعتبر فيها فسخًا كل ما كان مآله رجوعًا عملا بقاعدة: «كل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبدؤه أيضًا رجوع»[٣].

وهذه القاعدة معقولة المعنى؛ لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال، والعقد بعد بطلانه لا يحتمل الإجازة؛ لأن الباطل متلاش «وأما الإجازة، فهي تصرف في العقد بالتغيير، وهو الإلزام لا بالإعدام، فلا تخرجه عن احتمال الفسخ»[٤]. وهذا المعنى هو الذي تعبر عنه الصيغة الأخرى لها: «النقض يرد على الإجازة، والإجازة لا ترد على النقض»[٥]. وهي متفرعة عن قاعدة: «المانع مقدم على المقتضي»[٦]؛ لأن الإجازة مقتضية لإمضاء العقد والفسخ مانع منه.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٤/ ٢٧٠.
(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٥/٢٢.
(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧١/٥.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٨٩/٢٥.
(٦) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وبناء على ذلك فإنها محل اتفاق بالجملة بين الفقهاء وما استثني منها الزركشي لا يعدو صورتين[١]: إحداهما متعلقة بأحكام الرقيق فلم يعد لها محل في الفقه المعاصر، ثم إن مرجح الإجازة فيها سبب خارجي هو تشوف الشريعة للعتق، وأما الأخرى ففي الوصايا وهي: أنه إذا وقع الفسخ من أحد الوارثين وأجاز الآخر فالإجازة مقدمة على الفسخ، ولكن العبادي في حاشيته على المنثور رجح فيها تغليب الفسخ جريًا على القاعدة وقال إن استثناء الزركشي له منها سهو منه[٢].

وهذه القاعدة يتصور جريانها في كافة أبواب فقه المعاملات فمجال تطبيقها يشمل العقود التي يثبت فيها خيار الشرط[٣] والبيع على وجه الخصوص؛ لأن جريانه فيه اتفاقي[٤]، وغيرها من العقود الموقوفة إذا وقع تعارض بين نقضها وإجازتها ممن له ذلك.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «المانع مقدم على المقتضي» وأدلتها.

٢- لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال، والعقد بعد أن يبطل لا يحتمل الإجازة؛ لأن الباطل متلاش، وأما الإجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير، وهو الإلزام لا بالإعدام، فلا تخرجه عن احتمال الفسخ، والإجازة[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٥٥، المنثور للزركشي ٥٣/٣.

(٢) انظر: حاشية العبادي على المنثور للزركشي ص ١١٠.

(٣) انظر: تفاصيل مذاهب الفقهاء في العقود التي يجري فيها خيار الشرط في الموسوعة الكويتية٧٧/٢٠.

(٤) وحكى صاحب البحر الزخار الإجماع عليه، انظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٣٤٧/٤، ولعله لم يعتد بخلاف الظاهرية في ذلك، يقول ابن حزم: "كل بيع وقع بشرط خيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعًا، أو لغيرهما: خيار ساعة، أو يوم، أو ثلاثة أيام، أو أكثر أو أقل: فهو باطل - تخيرا إنفاذه أو لم يتخيرا"، المحلى لابن حزم ٢٦٠/٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٧١/٥، وانظر: المبسوط للسرخسي ٤٨/١٢، وانظر: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ٣٥٧/٢٩.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اشترى ابن رجل سيارة واشترط الخيار لأبيه ثلاثة أيام، فهذا الاشتراط يكون للأب وللابن، فإن نقض الأب البيع في خلال مدة الخيار انتقض، وإن أجاز أحدهما العقد فهو جائز. فإن نقض الأب وأجاز الابن بمحضر من البائع فالسابق منهما أولى وإن كان منهما معًا - أحدهما أجاز والآخر نقض - فالنقض أولى من الإجازة؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة[١].

٢- لو اشترى شخص سلعة واشترط الخيار لأجنبي ثلاثة أيام فإن وقع نقض البيع من الأجنبي وإجازته من ذلك الشخص معًا فالنقض أولى من الإجازة[٢].

٣- إذا اشترط المتعاقدان إيقاع أثر الخيار من أجنبيين وكان أحدهما عن البائع والآخر عن المشتري فلكل الإجازة والفسخ وإذا اختلفا فسخًا وإجازة قدم الفسخ[٣]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

٤- إذا باع شخص مالا من آخر على أن يكون مخيرًا مدة كذا وسلمه إليه فادعى أحد المتعاقدين أنه تلف بعد انقضاء مدة الخيار وفسخِ البائعِ البيع في مدة الخيار، وادعى الآخر أن المبيع تلف في مدة الخيار بعد أن أجاز البائع البيع ولم يُقِم أحدهما البينة على ما ادعاه فالقول لمدعي الفسخ[٤]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٦/ ٤٨٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨٨/٢٥.

(٣) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ١١٠.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٢٥٥.

٥- إذا كان المتعاقدان مخيرين معًا واختلفا في وقوع فسخ العقد أو إجازته في مدة الخيار فالقول لمدعي الفسخ والبينة على الآخر[١]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

٦- من اشترى من آخر سلعة بمبلغ مالي وهما بالخيار، فقال البائع: أجزت البيع بمحضر من المشتري، وقال المشتري بعد ذلك: فسخت البيع بحضرة البائع فالبيع ينفسخ[٢]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

٧- إذا اشترى رجل سلعة بخيار ثم مات وله ورثة فاختلفوا فقال بعضهم: نرد السلعة، وقال بعضهم: نختار الإمضاء، فالقياس الفسخ؛ لأن الذي ورثوا عنه الخيار لم يكن له رد بعض السلعة وقبول بعضها، بل إذا رد البعض تعين عليه رد الجميع وهم في ذلك بمنزلة مورثهم فمقتضى القياس عند رد بعضهم أن يفسخ البيع في الجميع[٣]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

٨- إذا عقد ولي المرأة النكاح عليها دون علمها ثم أبلغها بالخبر من ساعته فأنكرت ثم أجازت؛ فإن النكاح لا يجوز سواء أرادت بإنكارها رد النكاح أو الإباية عن إجازته[٤]؛ لأنه إذا اجتمع الفسخ والإجازة، بطلت الإجازة.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٥٦.
(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٥٠.
(٣) انظر: منح الجليل لمحمد عليش ٥/١٣١، انظر: حاشية العبادي على المنثور ص ١١٠.
(٤) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٤/٢٧٠.

رقم القاعدة: ١٠٠٨

نص القاعدة: أَجْزَاءُ الْعِوَضِ تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُعَوَّضِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأصل أن أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعددًا في نفسه[(٢)].

٢- العوض ينقسم على أجزاء المعوض[(٣)].

٣- العوض يوزع على المعوض[(٤)].

٤- العوض ينقسم على المعوض[(٥)].

٥- العوض تنقسم أجزاؤه على أجزاء المعوض[(٦)].

٦- البدل يقسم على قيمة المبدل[(٧)].

٧- البدل يقسم على أجزاء المبدل[(٨)].

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٧٦٧، فتح الغفار لابن نجيم ٢/٢٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٣٩. وبلفظ آخر: "ما وجب في المتعدد من جنس ينقسم على أفراده" تحفة المحتاج للهيتمي ٨/٤٦٦.

(٣) البناية للعيني ٥/٣٠٩.

(٤) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٨٦٦، رمز الحقائق للعيني ١/٢٦٨.

(٥) كشف الحقائق للخادمي ١/٢١٥.

(٦) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢/٦٤.

(٧) المبسوط للسرخسي ٢١/٤٢. ووردت بلفظ آخر: "البدل يقسم على قدر المبدل" بدائع الصنائع ٢/٢٨٦.

(٨) العناية للبابرتي ٧/٤٩.

قواعد ذات علاقة :

١- البدل بمقابلة المبدل[١]. (أعم).

٢- مقابلة الجمع بالجمع تنقسم[٢]. (أعم).

٣- المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة[٣]. (تعليل).

٤- المال الواحد إذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما[٤]. (أخص).

٥- أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع[٥]. (أخص).

٦- كل ما كان اثنين أو أكثر فالدية فيه على الأجزاء[٦]. (أخص).

شرح القاعدة :

العِوَض: اسم يطلق على بدل الشيء وما يبذل في مقابلته[٧]، وهو ما تُعُقِّبَ به الشيء على جهة المثامنة[٨]، واشتهر استعمال العوض مرادفًا للبدل،

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣٦/٢٦.

(٢) تقريرات البحراوي ١/١٩٢/ب، غمز عيون البصائر للحموي ١٧٠/٢.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية..

(٤) المبسوط للسرخسي ٩٣/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) العناية للبابرتي ٤٣/٨. ووردت بألفاظ أخرى: "الثمن يتوزع على أجزاء المبيع". فتح القدير لابن الهمام ٤٣/٨. "الثمن ينقسم بالجزاء على أجزاء المبيع. تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٤. "ثمن البيع ينقسم على الأجزاء" شرح منظومة ابن وهبان لابن الشحنة ص ٢٧٣. "الثمن يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع"كشاف القناع للبهوتي ١٩٧/٣. "الثمن يتبعض على كل جزء من أجزاء المبيع" التاج المذهب للعنسي ٣٣٩/٢.

(٦) منهج الطالبين للرستاقي ١٣٨/١١. وبلفظ آخر: "كل جنس ذو عدد تجب الدية فيه تقسم على أعداده". انظر: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٢٣٥/٢.

(٧) انظر: المطلع على أبواب المقنع للبعلي ص ٢١٦.

(٨) معجم الفروق اللغوية للعسكري ص ٢٦١.

والمراد به ما يتلقاه الشخص على سبيل المبادلة لقاء إعطاء شيء على سبيل التمليك كما في عقد البيع، أو على جهة الانتفاع كما في عقد الإجارة، أو القيام بعمل كما في عقد الكراء، أو الامتناع عن عمل كما في عقد الصلح.

والمراد بالمعوَّض وهو ما اشتهر استعماله بمعنى المبدل: ما يقع في مقابلة العوض من سلعة أو منفعة أو خدمة.

ومعنى انقسام أجزاء العوض على المعوض: تبعيض العوض وتقسيطه إلى جزئيات بحيث يقابل كل جزء من العوض جزءاً من المعوض.

وهذه القاعدة من أهم القواعد المتفرعة عن قاعدة: «البدل بمقابلة المبدل»[١]، ومعناها: أن المبدل في المعاوضات المطلقة إذا كان متعددًا في نفسه كالمكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات فإن كل جزء من العوض يقابل جزءاً من المعوض فيما يتعلق بالاستحقاق وإفادة الملك، فما يفوت استحقاقه أو تملكه من المعوض يوجب سقوط ما بإزائه من العوض؛ تحقيقًا للمساواة بين البدلين وموازنة بين مصلحة العاقدين، كمن اشترى قطعة أرض من شخص مساحتها خمسمائة متر، بخمسمائة ألف، فبان استحقاق مائة متر منها لآخر، فالقدر الفائت من المعوض وهو المائة يسقط ما يقابله من العوض وهو مقدر بمائة ألف.

وقد اشتملت إحدى الصيغ الأخرى للقاعدة على قيد مهم لإعمالها، وهو أن يكون المعوض قابلا للتجزئة والتوزيع فنصت على أن «أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعددا في نفسه»، والمعوض يكون قابلا لذلك إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعدّ أو يقاس، أمَّا إن كان مركبًا يضره التشطير أو كان قيميًّا تتفاوت آحاده بتجزئته تفاوتًا يعتد به، فلا ينقسم العوض على أجزائه

(١) المبسوط للسرخسي ١٣٦/٢٦.

بفوات بعضه، وإنما يخير العاقد المطالب بالعوض بين إتمام العقد بحسب ما تم الاتفاق عليه وبين فسخ العقد؛ فلا مجال لإعمال القاعـدة المذكورة هنا لفوات قيدها، وهو أن يكون المعوض متعددًا في نفسه يقبل التجزئة بلا تفاوت بين آحاده تفاوتًا يعتد به.

وهذا الحكم المقرر بهذه القاعدة إنما شرع لمصلحة العاقد المطالَب بالعوض، وما كان لمصلحة العبد كان الأمر فيه واسعًا من جهته، فله أن يفسخ العقد، وله أن يطالب بتجزئة العوض، وله أن يدفع العوض كله مع نقصان المعوض أو تعيبه، وأساس ذلك كله نظره لنفسه فيختار لها الأرجح والأعدل والأربح(١) ما لم يسقط بذلك حقًّا شرعيًّا أو يتعدى نظره لنفسه إلحاق الضرر بغيره(٢).

وهذه القاعدة حاضرة بلفظها معمول بمقتضاها لدى الفقهاء، ولقد خرّجوا عليها كثيرًا من الضوابط والأحكام منها ما يتعلق بتجزئة الثمن على المبيع وتجزئة الأجرة على المنافع وتجزئة الدية على الأعضاء وما في حكمها، ومجال إعمال القاعدة شامل لعقود المعاوضات وما في معنى المعاوضات.

أدلة القاعدة:

١- الإجماع: اتفق الفقهاء على أن أجزاء العوض تتوزع على أجزاء المعوض؛ لأن ثبوتها بطريق المقابلة، فيقابل كل جزء من العوض جزءًا من المعوض(٣).

---

(١) انظر: لباب الآثار لابن خلفان البوسعيدي ١/٣٦.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٥، المدونة ٣/٣١٠، المنتقى ٥/٢٧٦، الأم ٨/١٨٠، دقائق أولي النهى للبهوتي (شرح منتهى الإرادات) ٢/٦٦٥، التاج المذهب للعنسي ٢/٣٥٥.

(٣) انظر: التلويح على التوضيح للتفتازاني ١/٢٢، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢/١٧٤.

٢- لأن ثبوت الملك على العوض فرع ثبوته عن المعوض، فإذا لم يثبت الملك في بعض المعوض وجب عدم ثبوت الملك في العوض بقدره[١].

٣- لأن ضرورة المقابلة تقضي بأن العوض يوزع على المعوض تحقيقًا للمساواة بين البدلين، وليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض[٢]، وإلا لخلا بعض المعوض عن العوض، مع انتفاء غرض التبرع به، فيكون عوضًا بلا معوض وهذا لا يصح شرعًا[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- لو كان لشخص منزل، فقال لرجلين: بعتكما هذا المنزل بألف، فقالا: قبلنا. صح البيع، ويكون لكل واحد منهما نصفه بخمسمائة[٤]؛ لأن العوض ينقسم على أجزاء المعوض.

٢- إذا ادعى إنسان على آخر دارًا، فصالحه على مائة، فاستُحِقَّ منها شيء، رجع بحسابه؛ إذ المائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتنقسم المائة[٥]؛ لأن البدل يقسَّم على أجزاء المبدل.

٣- إذا اشترى شخص عشر بيضات فوجد إحداها فاسدة لا قيمة لها صح البيع في الصحيح بقسطه من الثمن[٦]؛ لأن العوض يقسم في المثليات على المعوض.

---

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢/٧.
(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٦/٩.
(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٢٥/٤، العناية للبابرتي ٧٣/٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٠٨/٣، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١١٩/٣.
(٤) انظر: المجموع للنووي ٤١١/٩.
(٥) انظر: العناية للبابرتي ٤٩/٧.
(٦) انظر: شرح منظومة ابن وهبان لابن الشحنة ٢٧٣/١.

٤- إذا وكل شخص آخر بشراء عشرة أرطال من اللحم بمائة، فاشترى ثمانية، فإنه يتقرر على الموكل من الثمن ما يقابل ثمانية أرطال[1]؛ لأن أجزاء العوض في المثليات تتوزع على أجزاء المعوض.

٥- إذا ابتاع إنسان كَوْمَة قَمْحٍ على أنها مائة كيلة بمائة، ثم وجدها ناقصة، فله أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن[2]؛ لأن العوض ينقسم على المعوض.

٦- إذا اشترى شخص قطعة أرض على أنها مائة ذراع فوجدها تسعين ذراعًا، واختار إمضاء العقد، فإن الذي يتقرر عليه من البدل هو ما يقابل الحصة الموجودة من الأرض، وهي تسعون ذراعًا[3].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: العناية للبابرتي ٤١/٨، ٤٢.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٧١/٦، المدونة الكبرى لسحنون ٢٠٤/٤، حاشية ابن عابدين ٥٤٣/٤، تحفة المحتاج للهيتمي ٤٦٦/٨، كشاف القناع للبهوتي ١٩٧/٣، المحلى لابن حزم ٥٨٩/٧، التاج المذهب للعنسي ٣٣٩/٢.

(٣) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣٣٨/٢.

رقم القاعدة: ١٠٠٩

نص القاعدة: كُلُّ نَقْصٍ دَخَلَ عَلَى عِوَضٍ أَوْ مُعَوَّضٍ اسْتُحِقَّ أَرْشُهُ[١].

قواعد ذات علاقة :

١- التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات[٢]. (أعم).

٢- كل جملة مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضمونًا بالأرش في القيمة دون المثل[٣]. (أخص).

٣- إن نقصت العين المغصوبة أو دخلها عيب من طريق الحكم أو المشاهدة أو ما يعده التجار عيبًا في العادة فإنه يرد العين وأرش ذلك العيب[٤]. (أخص).

٤- الجابر بقدر الفائت[٥]. (تكامل).

٥- كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا فلا[٦]. (تلازم).

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٧/١٣٩، المجموع للنووي ١٤/٢٤٤.
(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٤٢٦، وانظر: نواضر النظائر لابن الملقن ص ١٢٨.
(٤) روضة القضاة لابن السمناني ٣/١٢٦٢، ١٢٦٣، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "كل ما حدث في يد الغاصب مما ينتقص القيمة كان مضمونًا عليه".
(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) انظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

شرح القاعدة :

معنى دخول النقص وجوده سواء كان طارئًا أو كان قديمًا غير ظاهر وانكشف.

والعوض : ما دفع مقابل شيء.

والمُعوَّض : اسم مفعول من عوَّض وهو الشيء الذي دفع العوض في مقابله.

والمراد بالأرش : ما يدفع مقابل النقص في أحد العوضين وهو المعبر عنه بالجابر في قاعدة: «الجابر بقدر الفائت»[١] المكملة لهذه القاعدة.

ومعنى القاعدة : أن العقد إذا مضى بإجازة الطرفين وتبين وجود نقص في المعوَّض أو العوض - لم يكن ظاهرًا معلومًا[٢] عند إمضائه - سواء كان سبب خفائه تدليسًا من أحد المتعاقدين أو غير ذلك فإن ذلك النقص يستوجب الأرش.

وبناء على ذلك فإنه ينبغي التنبيه إلى ثلاثة أمور:

١- أن انكشاف النقص في أحد العوضين قد يتريب عنه فسخ العقد فلا يكون لجبره محل.

٢- أنه لا يدخل في متعلقات هذه القاعدة العيب الطارئ في أحد العوضين بعد قبض مستحقه له والذي وضع له الفقهاء ضابطا في البيوع هو: «كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا فلا»[٣].

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) لأن الرد والأرش يسقطان بالعلم بالعيب قبل العقد وبالتبري من العيوب، وبإسقاطهما بعد العقد. انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٢/ ٦٩.

(٣) انظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٣- أنه يدخل في متعلقاتها لزومًا كل عقد تعين إمضاؤه لوقوع سبب يقتضي ذلك كفوات عين أحد العوضين، إذا ثبت وجود نقص في العوض أو المعوض قبل وقوعهما في يدي المتعاقدين.

والقاعدة معقولة المعنى قائمة على أصل شرعي راسخ وهو توخي العدالة في المعاملات باستدراك ما فات من حقوق العباد وجبره بالأرش(١). وذلك أن مبنى تراضي الطرفين المشروط في إبرام العقود المعبر عنه بالقاعدة الفقهية: «التراضي هو المناط في المعاوضات الشرعية»(٢) إنما هو على فرض معادلة بين العوض والمعوَّض، فحيث تبين انتفاء تلك المعادلة بثبوت النقص في أحد العوضين وتقرر أو تعين إنفاذ العقد - استحق المغبون أرش ما وقع رضاه على افتراض وجوده(٣).

وقد ألحق الفقهاء بالعوض ما اشترك معه في المعنى مما يكون المكلف فيه ضامنًا لعين فتتعيَّب بيده فيلزمه أرش ما نقص منها، وأجروا في ذلك ضابطًا في الغصب هو قولهم: «إن نقصت العين المغصوبة أو دخلها عيب من طريق الحكم أو المشاهدة أو ما يعده التجار عيبًا في العادة فإنه يرد العين وأرش ذلك العيب»(٤).

والذي يظهر أن الفقهاء لم يختلفوا في إعمال هذه القاعدة في الجملة لقوة مستندها. والخلاف الواقع بينهم في بعض تفريعات الضابط الأخير محصور في

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/٣٦٧ وما بعدها: الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوابر، و(قاعدة) في الجوابر والزواجر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين ابن عبد السلام ص١٧٨-١٨٧.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٥٩.

(٣) ولذلك جزم بعض الفقهاء أن له الأرش ما لم يصرح بتركه، وإن أخذ أرشًا ثم ظهر عيب آخر فله أرشه وهكذا، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٤٧١.

(٤) روضة القضاة لابن السمناني ٣/١٢٦٢، ١٢٦٣.

الحالات التي يكون فيها المغصوب غير حيوان وغير متميز والناقص أكثر منافعه. وقد اتفقوا على إعمالها في النقص في غير الحيوان إذا كان متميزًا - كالحنطة بتلف بعضها - وحكوا الإجماع على جريانها في غير المتميز - كثوب شقه - إذا كان الناقص أقل منافع المغصوب[١].

ومجال تطبيق القاعدة يشمل المعاملات وفروعها مبثوثة في كتب مختلف المذاهب الفقهية.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «التراضي هو المناط في المعاوضات الشرعية»[٢] وأدلتها. ووجه الاستدلال بها هو كون التراضي إنما وقع من الطرفين على فرض معادلة بين العوض والمعوَّض، فحيث تبين انتفاء تلك المعادلة بثبوت النقص في أحد العوضين وتقرر أو تعين إنفاذ العقد استحق المغبون أرش ما وقع رضاه على افتراض وجوده.

تطبيقات القاعدة:

١- شخص اشترى حبًّا وبذره فنبت بعضه وبعضه لم ينبت فادعى المشتري على البائع أن عدم نبات البعض لعيب فيه منع من إنباته فأنكر البائع. فإن أثبت المشتري عيب المبيع لم يمكن رده بالعيب؛ لأن بذر الحب على الوجه المذكور يعد إتلافًا له، فيتعين استحقاق المشتري أرش العيب؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه[٣].

---

(١) وأجراها الشافعية كذلك في الحيوان المغصوب والحنفية والمالكية مع تفصيل في المذهبين الأخيرين. انظر: تفصيل هذا الخلاف في الحاوي الكبير للمرداوي ٧/ ١٤٠.

(٢) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/ ٥٩.

(٣) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ١٣٤.

٢- من اشترى شاة فذبحها، ثم وجد بها بعد الذبح عيبًا فله الرجوع بأرش العيب[١]؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٣- من باع سلعة بعيب فكتمه وهلكت السلعة من ذلك العيب وقامت البينة أنه دلس على المشتري به، أو أقر البائع بذلك فمصيبته من البائع، وإن مات من عيب سواه رجع المشتري على البائع بمبلغ أرش العيب الذي دلس به عليه[٢]؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٤- إذا باع شخص ثوبًا فقطعه المشتري وخاطه ثم ظهر منه على عيب كان عند البائع وكان البائع كتمه العيب رده ورجع عليه بقيمة الخياطة وأخذ الثمن موفرًا، وإذا كان قطعه فسادًا ثم رده بالعيب الذي دلس به البائع رد قيمة ما نقصه القطع، وإن كان البائع لم يعلم بالعيب فالمشتري بالخيار بين أن يرده ويرد ما نقصه القطع وقيمة الخياطة داخلة في قيمته وبين أن يمسكه ويأخذ أرش العيب[٣]؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٥- إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم رده ورد أرش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن[٤]؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٤٩.

(٢) والتدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري، انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٤٨.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٥١.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٤٩، خلافا لابن حزم، انظر: المحلى لابن حزم ٧/٥٨٤، وقال الشافعي وأبو حنيفة: ليس له الرد وإنما يأخذ أرش العيب القديم، القوانين الفقهية لابن جزي ص١٧٦، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٧٥.

٦- من اشترى أرضًا بها حجارة أو أساسات حيطان متهدمة فهي له بالبيع؛ لأنها من أجزائها فهي كحيطانها وترابها والمعادن الجامدة فيها، فإذا كان المشتري عالمـًا بذلك فلا خيار له، وإن لم يكن عالمـًا به وكان ذلك يضر بالأرض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الإمساك وأخذ أرش العيب(١)؛ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٧- للمالك تكليف الغاصب برد المغصوب كما كان إن أمكن؛ لأنه متعدٍ بفعله وإذا رضي المالك بما يمكن إعادته بحاله أجبر الغاصب على تسليمه له بحاله وعلى غرم أرش النقص إن وقع في المغصوب نقص(٢)؛ لأن المغصوب الناقص عوض عن المغصوب التام وكل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٨- من غصب عصيرًا فتخمر ضمن العصير بمثله؛ لأنه تلف في يده فإن عاد خلا رده وما نقص من قيمة العصير؛ لأنه عين العصير(٣). فالخل يكون حينئذ عوضًا عن العصير وكل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

٩- من تعدي على ثوب شخص فأفسده فسادًا كبيرًا أو يسيرًا وأراد ربه أخذه مع أرش النقص فإنه يلزمه أن يرفوه ولو زاد على قيمته، ثم

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/ ٧٠.

(٢) إلا أن يكون له غرض في الإعادة، كأن يخشى على نفسه من بقائها ضررًا من تغرير أو غيره كمن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عياره؛ فله إبطالها وإن لم يرضَ به المالك بخلاف ما إذا لم يخش، سواء أرضي المالك ببقائها أم سكت عن الرضا والمنع، انظر: مغني المحتاج لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني ٢/ ٢٩١.

(٣) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٢/ ٣٩٤.

يأخذه صاحبه بعد الرفو ويأخذ أرش النقص إن حصل نقص بعده؛ لأن الثوب المرفو عوض عن الثوب السليم[١]. وكل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

١٠- إذا وقع نقصان في الصداق وكان بفعل الزوج فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت قيمته يوم العقد، وإن شاءت أخذته ناقصًا، وأخذت معه أرش النقصان[٢]؛ لأن الصداق عوض تعين في عقد معاوضة. وكل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) وقيل: الرفو خاص بالكثير. انظر: حاشية الدسوقي على شرح الدردير ٣/٤٦١، بلغة السالك للصاوي ٣/٣٨٨، ورفأ الثوبَ: لأم خرقه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٠١.

رقم القاعدة: ١٠١٠

نص القاعدة: لَا يُفْسَخُ دَيْنٌ فِي دَيْنٍ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- فسخ الدَّين في الدَّين ممنوع[(٢)].

٢- لا يجوز فسخ دَين في دَين[(٣)].

قواعد ذات علاقة:

١- الفسوخ تحكي العقود[(٤)]. (معللة).

٢- قبض الأوائل هل هو قبض للأواخر أو لا؟[(٥)]. (معللة للخلاف في بعض تطبيقات القاعدة).

٣- ما في الذمة كالحاضر[(٦)]. (مقيَّدة بالقاعدة).

---

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك (رواية سحنون) ٣٨٨/٣.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣٨٨/٣.

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي ١٠١/٢.

(٤) كفاية الأخيار للحصني ص ٣٨٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "فسخ العقد معتبر بأصل العقد".

(٥) المعيار للونشريسي ٥٨٦/٦، وإيضاح المسالك له أيضًا ص ١٥٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ٣٧٤/٢ وانظر: نيل الأوطار للشوكاني ٢٥٥/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- الصفقة إذا بطل بعضها بطلت كلها[١]. (معلل لمنع فسخ الدَّين في الدَّين الواقع في جزء من العوض).

شرح القاعدة:

الفسخ لغة له معان كثيرة منها: الضعف، والفسيخ كأمير: الضعيف الذي ينفسخ عند الشدة ومنها: الطرح، يقال: فسخت عني ثوبي، إذا طرحته. ومنها: إفساد الرأي، ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض، وقد فسخه، إذا نقضه[٢].

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد عرف تعريفات عديدة منها: «حل ارتباط العقد»[٣]. «رفع العقد»[٤]. «رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن»[٥].

والمراد من هذه القاعدة: أن ما سبق تقرره في ذمة المرء من دَين - لأي سبب من الأسباب كالقرض والبيع والنكاح وغير ذلك - فلا يجوز للدائن أن يسقطه عن المدين مقابل الانتقال إلى ما يتأخر قبضه، فيصبح دَينًا جديدًا في ذمة المدين نفسه بدلا من الدَّين الأول. فإذا كان الدَّين الجديد من غير جنس الأول، فممنوع بإطلاق سواء كان المفسوخ فيه أقل قيمة أو أكثر، كأن يفسخ نقودًا في عرض، وأما إذا كان المفسوخ فيه من جنس المفسوخ، فيمنع ما كان أكثر أو أجود، ولا يمنع المساوي والمماثل. قال الشيخ ابن أبي زيد القيرواني: «لا يجوز فسخ دَين في دَين؛ وهو أن يكون لك شيء في ذمته فتفسخه في شيء آخر

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٣٢٥/٤.

(٢) انظر: تاج العروس للزبيدي ٣١٩/٧، لسان العرب لابن منظور ٤٤/٣، جمهرة اللغة لابن دريد ٥٩٨/١، أساس البلاغة للزمخشري ص ٤٧٣.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٩.

(٤) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٣١٧/٧، وانظر: جواهر الكلام النجفي ٣٠٦/٢٧.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٦/٢.

لا تتعجله»[١]. وقد شرح الشيخ النفراوي هذا القول المجمل في نص ممزوج بنص الرسالة قائلا: «(لا يجوز فسخ دَين في دَين)، وصور ذلك بقوله: (مثل أن يكون لك شيء) من المال في ذمته؛ أي المدين المفهوم من لفظ دَين، (فتفسخه في شيء) مخالف لما في ذمته ولو في عدده أو صفته (لا تتعجله) الآن، وقدَّرنا لفظ: مخالف لفهمه من كلام المصنف؛ لأن النكرة إذا أعيدت نكرة تكون غيرًا[٢] غالبًا، وأيضًا لفظ فسخ يقتضي الانتقال عن الدَّين الأول، وفي بعض النسخ زيادة أخرى، وهي صريحة في ذلك، فيشمل كلام المصنف ما إذا كان الدَّين عينًا ففسخه في عرض أو حيوان إلى أجل؛ فإنه حرام ولو كانت قيمة العرض أقل من الدَّين، ويشمل ما إذا كان دَينه عرضًا وفسخه في عين فيحرم أيضًا مطلقًا، ويشمل ما إذا كان دَينه عينا وفسخها في عين أجود وأولى أكثر. وأما إذا فسخ العين في عين مثلها قدرًا وعددًا أو أقل فإن ذلك جائز؛ لأن إطلاق الفسخ على هذا فيه تجوز؛ لأنه محضُ تأخير بالحق أو مع حطيطة لبعضه ففيه ثواب»[٣].

وهذه القاعدة بهذه الصيغة مالكية لم ترد عند غيرهم، وإن كان بعض ما أدخله المالكية من صورها وتطبيقاتها موجودًا عند غيرهم من المذاهب، مما قد يتفقون على منعه وقد يختلفون، بل يحصل الاختلاف حتى داخل المذهب الواحد نفسه. وقد مثل الشيخ أبو الحسن المالكي لذلك فقال – في كلام ممزوج بكلام ابن أبي زيد القيرواني: «(ولا يجوز فسخ دَين في دَين، وهو أن يكون لك شيء في ذمته فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله)، مثل أن يكون لك عليه عشرة دنانير إلى سنة، فتفسخها في عشرة أثواب مثلا، فإن كان الفسخ إلى الأجل نفسه

(١) الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ١٠٨.
(٢) أي أن النكرة الثانية مخالفة للنكرة الأولى، والمعنى هنا: أن الدَّين المفسوخ فيه مخالف للمفسوخ.
(٣) الفواكه الدواني للنفراوي ١٠١/٢.

أو دونه فقولان: الجواز وهو أظهر في النظر، والمنع وهو أشهر، ومنشأ الخلاف: هل النهي عن فسخ الدَّين في الدَّين معلل أو لا؟ فمن علل بالزيادة أجاز؛ إذ لا زيادة في هذه الصورة.ومن رأى أنه غير معلل قال بالمنع، وإن كان الفسخ إلى أبعد من الأجل فلا يجوز اتفاقًا؛ لوجود الربا المتفق على تحريمه، وهو ربا الجاهلية إما أن يقضي له وإما أن يربي؛ لأن الزيادة في الأجل تقتضي الزيادة في مقدار الدَّين»[1].

وفسخ الدَّين في الدَّين عندهم قسم من أقسامٍ ثلاثة من الكالئ بالكالئ (الدَّين بالدَّين) وهي:

١- فسخ الدَّين في الدَّين.

٢- بيع الدَّين بالدَّين.

٣- ابتداء الدَّين بالدَّين.

إن كل معاملة مبنية على مقابلة الدَّين بالدَّين ممنوعة، سواء أكانت من العقود - بيع الدَّين بالدَّين أو ابتدائه به أو فسخه فيه - أو كانت من الفسوخ؛ لأن ما أبطل العقود أبطل الفسوخ، كما ما نصت على ذلك قاعدة: «الفسوخ تحكي العقود».

والمعاملات التي يرى المالكية أنها مبنية على مقابلة الدَّين بالدَّين كثيرة ودقيقة ومتشعبة الأشكال والصور، وهذا ما دفع الإمام ابن عبد البر إلى وصفها بقوله: «وهذا باب يُشبع[2] ويتشعب وتكثر فروعه على مذهب مالك وأصحابه»[3].

---

(١) كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن ٢/٢٣٥، ٢٣٦.

(٢) هكذا هي الكلمة في الأصل، فإن تكن صحيحة فمعنى العبارة أن هذا الموضوع يشبع – من الناحية العلمية - من يطرقه ويخوض فيه، وإن تكن خطأً فلعل صوابها (يشيع) أي ينتشر في العديد من الأبواب والمسائل الفقهية – وهو كذلك في واقع الأمر – مما يستدعي الكثير من الجهد والتركيز ممن يبحث في هذا الموضوع في المذهب المالكي.

(٣) الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٤.

من أجل ذلك عمل المالكية على وضع عدد من الشروط والضوابط لكل قسم من الأقسام لتمييزه عن غيره. ومعيار اعتبار المعاملة من فسخ الدَّين في الدَّين عندهم ثلاثة أمور:

الأول: أن الفسخ يكون بين الدائن والمدين فقط، فإذا دخل في المعاملة طرف ثالث انتقلت إلى قسم بيع الدَّين بالدَّين، ولأجل ذلك قال الشيخ الخرشي: «لا زيادة في فسخ الدَّين على اثنين»[١].

الثاني: أن يكون الدَّين سابق التقرر في ذمة المدين، فإذا كان منشأ عند العقد كان من ابتداء الدَّين بالدَّين لا من فسخ الدَّين في الدَّين. وهذا المعنى هو ما قال فيه العلامة المواق: «وما تقدم فيه تقرر الدَّين يسمى فسخ دَين في دَين»[٢]. وقال الشيخ الرصاع مميزًا بين الأقسام الثلاثة للدَّين بالدَّين: «الأول يستلزم عمارة ذمتين وقعت عمارتهما في زمن واحد، والثاني يستلزم ذمتين وقعت عمارة إحدى الذمتين على الأخرى، والثالث يستدعي عمارة ذمة واحدة بدَين فُسخ فيه الدَّين السابق[٣].

الثالث: لابد من أن يكون الدَّينان - المفسوخ والمفسوخ فيه - غيرين[٤]، فلو كان لرجل على غريمه عشرة دراهم مثلا، فأخر الدائنُ المدين بالعشرة، أو حطَّ منها درهما وأخره بالتسعة، فهو سلف أو مع حطيطة، ولا يدخل في الفسخ الممنوع؛ لأن تأخير ما في الذمة، أو بعضه ليس فسخًا إنما حقيقة الفسخ الانتقال عما في الذمة إلى غيره[٥].

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٧٧.
(٢) التاج والإكليل للمواق ٤/٣٦٧.
(٣) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٢٤.
(٤) أي مختلفين.
(٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٧٦.

ومنعُ المالكية فسخ الدَّين في الدَّين لا يعني أنهم لا يجيزون التحول عما في ذمة المدين إلى غيره مطلقًا، وإنما المنع مقصور على حالة تأجيل البدل المقتضية للدَّينية، أما إذا قبض في الحال فلا منع عندئذ؛ إلا أن يترتب على التحول ممنوع شرعي آخر كضع وتعجل مثلا[١].

ومن الصور التي يأخذ فيها الدائن من غريمه غير ما كان متقرِّرًا في ذمته فإذا تأجل العوض منعت؛ لأنها من فسخ الدَّين في الدَّين، وإذا قبض جازت، ما يسميه المالكية التصيير، ومعناه: «دفع شيء معين ولو عقارا في دَين سابق»[٢]، وقد اشترطوا لصحته أمرين:

أحدهما: أن يقدَّر الدَّين، أي يعلم قدره لأنه ثمن للمصيَّر.

ثانيهما: الإنجاز، أي قبض ما تصيرا[٣].

فإذا اختل شرط المناجزة ولو جزئيًّا، بحيث قُبض بعض المصيَّر وتأجل بعضه، فإن التصيير في هذه الحالة يكون من فسخ الدَّين في الدَّين وعليه يبطل العقد بناءً على أن «الصفقة إذا بطل بعضها بطلت كلها»، قال الشيخ التسولي: «ومفهوم الشرط الثاني: أنه إن تأخر القبض للشيء المصيَّر ولو لبعضه - لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطلت كلها - فإن التصيير لا يجوز، وهو كذلك إن كان الشيء المصيَّر غير معين، كأن يصيِّر له في الدَّين الذي عليه عرضًا أو حيوانًا أو طعامًا موصوفًا فيمنع، ولو وقع القبض في البعض دون البعض بلا خلاف؛ لأنه فسخ دَين في دَين»[٤]. وأما إن صيَّر له في دَينه منافع معيَّنٍ، كسكنى دار أو حانوت أو ركوب سيارة أو سفينة ونحو ذلك - مما لا يقبض دفعة واحدة بل

---

(١) أي أن يعجل المدين للدائن دَينه قبل حلول الأجل، مقابل أن يضع عنه من مقدار الدَّين.

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٤٩.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة ٢/٢٤٩.

(٤) البهجة في شرح التحفة ٢/٢٤٩، ٢٥٠.

شيئًا فشيئًا - فالخلاف هنا في المنع والجواز مبني على قاعدة: «قبض الأوائل هل هو قبض للأواخر أو لا؟». «فابن القاسم يمنع ولو شُرع في قبض المنفعة أثر العقد، لأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر عنده، وأشهب يجيز لأن قبض الشيء عنده قبض لجميع منافعه»[1].

والحاصل أن فسخ الدَّين في الدَّين ممنوع عند الفقهاء في الجملة لكونه من صور ربا الجاهلية؛ وإن كانوا مختلفين في بعض الصور والتطبيقات، إلا أنه من الملاحظ تشدد المالكية في منع العديد من الصور التي قد يبيحها غيرهم ولا يراها من الفسخ. وتشددهم أيضًا في منع بعض ما قد يتسامحون فيه في ابتداء الدين بالدين أو بيع الدين بالدين. يقول الإمام الباجي: «...الدَّين بالدَّين معفو عن يسيره، ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار [يقصد تأخر قبضه اليوم واليومين]، ويحتاط في الطعام للمنع من بيعه قبل استيفائه، وأما فسخ الدَّين في الدَّين فلا يعفى منه عن شيء»[2].

وهذه القاعدة كثيرة التطبيقات بحيث جرى العمل بمقتضاها في العديد من الأبواب الفقهية من بيع وإجارة ونكاح وصلح ووكالة وغير ذلك من مسائل المعاوضات.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨] إلى قوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، قال الإمام الشاطبي: «الله عز وجل حرم الربا، وربا الجاهلية الذي قالوا فيه: إنما

---

(١) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥٤، وانظر: منح الجليل لعليش ٧/٥٠٢.

(٢) المنتقى للباجي ٥/٣٤.

البيع مثل الربا، هو فسخ الدَّين في الدَّين، يقول الطالب: إما أن تقضي وإما أن تربى»[١]. وقال النفراوي: «فسخ الدَّين أشد في الحرمة؛ لأنه من ربا الجاهلية والربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع»[٢].

٢- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الكالئ[٣] بالكالئ»[٤] وفي بعض الألفاظ: «عن الدَّين بالدَّين» وهما سواء، و(الكالئ بالكالئ) يشمل الأقسام الثلاثة عند المالكية، وأشدها الفسخ ثم البيع ثم الابتداء، قال العدوي متحدثًا عن درجات تحريم أقسام الكالئ بالكالئ: «فسخ الدَّين في الدَّين أشد الثلاثة في الحرمة، ويليه بيع الدَّين بالدَّين، وأخفها ابتداء الدَّين بالدَّين؛ لأنه يجوز في رأس المال التأخير ثلاثة أيام، وكان فسخ الدَّين أشد حرمة؛ لأنه من ربا الجاهلية والربا محرم كتابًا وسنة وإجماعًا»[٥].

---

(١) الموافقات للشاطبي ٤/ ٤٠.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/ ١٠١.

(٣) "الكالئ: بالهمز أي التأخير، ومنه بلغ بك أكْلأ العمر، أي أطوله وأشده...، وقيل: مأخوذ من الكلأ وهو الحفظ، وإطلاق هذا الاسم على الدَّين مجاز؛ لأنه مكلوء لا كالئ وإنما الكالئ صاحبه لأن كلا من المتبايعين يكلأ صاحبه، أي يحرسه لأجل ماله قبله، فعلاقة المجاز الملازمةُ، أي كون كل منهما لازمًا للآخر؛ إذ يلزم من الحافظ محفوظ وعكسه، وقد جاء فاعل بمعنى مفعول، كدافق ومدفوق، أو هو مجاز في الإسناد إلى ملابس الفعل، أي كالئ صاحبه كعيشة راضية، أو مجاز بالحذف أي من بيع مال الكالئ بالكالئ" شرح الزرقاني على الموطأ ٣/ ٣٩٢.

(٤) رواه الحاكم في المستدرك ٢/ ٦٥ (٢٣٤٢) وصححه ووافقه الذهبي، ٢/ ٦٦ (٢٣٤٣)، والدارقطني في سننه ٤/ ٤٠ (٣٠٦٠)، (٣٠٦١)، وابن أبي شيبة في المصنف ٤/ ٤٦١ (٢٢١٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٤٧٤ (١٠٥٣٦ - ١٠٥٤٠)، وفي الصغير ٢/ ٢٤٧ (١٨٨٢)، ومعرفة السنن والآثار ٨/ ٥٢ (١١٠٩٨)، ٤/ ٢١ (٥٥٥٤).

(٥) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/ ٢٣٥.

٣- حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عنها الدراهم، وبالدراهم ونأخذ عنها الدنانير، فسألنا النبي ﷺ فقال: «لا بأس أن تأخذوها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء»[١]. قال البهوتي في بيان شرط الجواز: «إن أُحضر أحدهما، أي أحد النقدين، وإلا لم يصح لأنه دَين بدَين[٢]»، أي فسخ دَين في دَين باصطلاح المالكية؛ لأن غيرهم يعبرون عن الأقسام الثلاثة من الكالئ بالكالئ (الفسخ والبيع والابتداء) بقولهم: هذا من الدَّين بالدَّين أو هذا دَين بدَين وما شابه ذلك دون أن يعيِّنوا لكل قسم اسمًا يخصه كما هو صنيع المالكية[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- لو ادعى رجل قِبَل آخر ألف درهم دَينًا، فصالحه منها على عشرة دنانير إلى أجل لم يجز - مقرًا كان أو جاحدًا - وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل القبض فهو باطل؛ لأنه دَين بدَين، والدَّين بعد المجلس حرام[٤]. فهذه الصورة من فسخ الدَّين في الدَّين، ولا يفسخ دَين في دَين.

٢- إذا باع الدائن غريمه طعاما حالا من قرض بدنانير، لم يجز أن يفارقه

---

(١) رواه أحمد ٣٩٠/٩ (٥٥٥٥)، ٣٥٩/١٠ (٦٢٣٩)، أبو داود٣/ ٢٥٠ (٣٣٥٤)، ٣/٣٩٣(١٩٨٠)، والترمذي ٥٣٦/٣ (١٢٤٢)، والنسائي ٢٨١/٧ (٤٥٨٢)، (٤٥٨٣)، ٢٨٣/٧ (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٧٦٠/٢ (٢٢٦٢)، والدارمي ١٦٨١/٣ (٢٦٢٣).

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٢٦٩/٣-٢٧٠.

(٣) وقد قسم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الكالئ بالكالئ إلى: (الساقط بالساقط، والواجب بالواجب، والواجب بالساقط). انظر: الفتاوى ٥١٢/٢٠ وإعلام الموقعين ٢٩٣/١.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٥/٢٠ و٢٦/٢١

حتى ينتقد[١]، إلا مثل أن يذهب معه إلى السوق، أو يأتيه بها من البيت، فأما أن يصير يطلبه بها فلا يجوز؛ لأنه فسخ دَين في دَين[٢].

٣- إذا كان لك على غريمك عشرة دنانير إلى سنة فلا يجوز أن تفسخها في عشرة أثواب مؤجلة، فإن كان الفسخ إلى الأجل نفسه أو دونه، فقولان: الجواز وهو أظهر في النظر، والمنع وهو أشهر؛ لأنه لا يجوز فسخ دَين في دَين[٣].

٤- للعلماء في التأخير برأس المال بعد الإقالة في السلم قولان: أحدهما: أنه لا يجوز لأنه من باب فسخ دَين في دَين، والآخر: أنه جائز لأن الإقالة معروف وفعل حسن مندوب إليه[٤].

٥- لا يجوز للغريم أن يحج عن الميت بما عليه من المال؛ لأنه فسخ دَين في دَين، فالواجب أن يؤخذ منه المال، فإذا أخذ منه دفع إليه أو إلى غيره، إما على الإجارة وإما على البلاغ[٥].

٦- الربوي إذا بيع بمثله ورأس مال سلَم، فلا يجوز الاستبدال عنه إذا لم يوجد قبض المعقود عليه في المجلس، وقد صرح بذلك الماوردي والروياني وغيرهما[٦]؛ إذ لا يفسخ دَين في دَين.

---

(١) أي يقبض النقود.

(٢) تهذيب المدونة للبراذعي ٣/٢٦.

(٣) انظر: الثمر الداني للآبي ص ٥١٨.

(٤) الاستذكار لابن عبد البر ٦/٣٨٨.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٢/٥٥٣.

(٦) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٨٥. وقد منع العديد من الفقهاء جعل الدَّين رأس مال للسلم مع اعتبارهم أن الذمة كالعين الحاضرة، يقول أحمد المرتضى: "وما في الذمة كالحاضر إلا في رأس مال السلم فلا يصح أن يكون ما في الذمة رأس مال، ومن شرطه القبض في المجلس، ولأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ كأن يبيعه مدًّا يكون في ذمته أو بمد قد صار في ذمته من قبل، وذلك لا يصح". التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٢/٣٧٩، وانظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/٧٢.

٧- «من وكل رجلا على بيع سلعة بالنقد أولم يسم له نقدًا ولا مؤجلا فباعها بدَيـن، فإن الوكيل متعدٍّ في بيعه بالدَّين، وسواء سمى له الموكِّل قدر رأس الثمن أم لا، ثم لا يخلو الحال من أمرين، إما أن يطلع على ذلك بعـد فـوات السلعة أو قبل فواتها، فإن فاتت السلعة، فإنه لا يجوز للموكِّل أن يرضى بالثمن المؤجل؛ لأنه قد وجب له على الوكيل التسمية إن كان سمى له ثمنًا، أو القيمة إن كان لم يسمَّ، فرضَّاه بعد ذلك بالدَّين المؤجل [وهذا] فسخ دَين في دَين»(١).

٨- لا يجوز لرب الدَّين أن يقول لمدينه اعمل بالدَّين الذي في ذمتك قراضًا ولو أحضره، إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه؛ مخافة أن يكون أخره به ليزيده فيه، ولأنهما قد يظهران القراض ويبطنان أن يأتيه ربح من دَينه فيكون فسخ دَين في دَين(٢).

٩- قال ابن القاسم: يمتنع وضع المرأة صداقها لزوجها على أن يحجَّها؛ لأنه فسخ دَين في دَين(٣).

١٠- «إذا أخـذ صـاحب الدَّين ممـن عليه الدَّين سلعة في دَينه، ثم يردها له بشيء مؤخر من جنس الدَّين وهو أكثر، أو من جنسه ولو كانت قيمته أقل فإنه حرام؛ لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا، وكأنه فسخ دَينه ابتداءً من شيء لا يتعجله، وهو حقيقة فسخ الدَّين في

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٢٠٣/٥، وانظر: قريبًا من هـذا التطبيق فـي الـذخيـرة للقـرافـي ٢٦٤/٥ و٣٠٢/٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٥٨/٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ٣٠٦/٥.

الدَّين، وهو حرام سواء كان الدَّين المفسوخ في مؤخر قد تم أجله، أو كان بقي منه شيء وأخره أزيد منه»[1].

رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٠١.

رقم القاعدة: ١٠١١

نص القاعدة: كُلُّ مَا كَان مُبَادَلَةَ مَالٍ بِمَالٍ يَفْسُدُ بالشَّرْطِ الفَاسِدِ، ومَا لا فَلَا[١].

قواعد ذات علاقة :

١- كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه[٢]. (مكمِّلة).

٢- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد[٣]. (مكمّلة).

٣- كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد[٤]. (متفرعة).

٤- التبرعات لا تبطل بالشروط الفاسدة[٥]. (متفرعة).

٥- كل ما لا يصح من العقود إلا بالقبض لم يفسده الشرط[٦]. (متفرعة).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، البناية للعيني ٢٥٨/٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ١٥٦/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥- ٢٤٩، منحة الخالق لابن عابدين ١٣٥/٦- ١٩٤، حاشية الطحطاوي ١٣١/٣، ترتيب اللآلي لناظر زاده ١٠٤٢/٢.

(٢) منح الجليل لعليش ٣٤٠/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٣/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل".

(٤) منحة الخالق لابن عابدين ٢٠٨/٦.

(٥) البناية للعيني ٣٠٨/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد".

(٦) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي قررها الحنفية في كتبهم الفقهية، وهي تفصح عن نظرتهم الخاصة لأنواع العقود التي تفسد باقتران الشروط الفاسدة بها، وأنواع العقود التي لا تفسد باقتران الشروط الفاسدة بها، ومفادها:أن العقد إذا كانت غايته وموضوعه مبادلة مال بمال، كالبيع والإجارة، فإنه يفسد باقتران الشرط الفاسد به، وأن العقد إذا لم تكن فيه مبادلة مال بمال، كالرهن والوكالة، فإنه لا يفسد باقتران الشرط الفاسد به، وإنما يلغى الشرط وحده ويصح العقدّ.

قال الزيلعي: «كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي أنه عليه السلام: «نهى عن بيع وشرط»، وما كان مبادلة مال بغير مال، أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة»[١].

هذا، ويكون الشرط فاسداً عند الحنفية إذا كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نص، ولم يجر به العرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق[٢].

فإذا اقترن الشرط الفاسد بأي من العقود التي يتحقق فيها معنى مبادلة المال بالمال، فإن الفساد يتسرب إلى العقد نفسه ويصبح العقد فاسداً. والعقود التي يتحقق فيها معنى مبادلة المال بالمال هي عند الحنفية: البيع، والقسمة، والإجارة، والصلح عن سكوت أو عن إنكار أو إقرار بمال عن مال، والإبراء عن الدين، والمزارعة، والمساقاة[٣]. وماعدا ذلك من العقود: كالوكالة،

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣١.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٥٢، بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٩٤، ١٩٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣١، البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٩٢، ١٩٥ حاشية ابن عابدين ٥/ ٨٥.

(٣) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٤٤٧، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/ ٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٠٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٧٦.

والقرض، والكفالة، والحواله، والوديعة، والعارية، والنكاح، فإنها لا تفسد بالشروط الفاسدة عند الحنفية؛ لأنه ليس فيها مبادلة مال بمال[١].

وقد وضّح محمد أبو زهرة رأي الحنفية هذا بقوله: «والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكد له، ولم يرد به أثر، ولا جرى به عرف، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما؛ كمن يبيع سيارة ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة، ومن يبيع دارًا ويشترط لنفسه سكناها مدة معلومة، وكمن تتزوج رجلا على شرط ألا يخرجها من بلدها، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحًا والشرط لاغيًا، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به»[٢].

ويمكن أن نجلي هذا التمييز بين العقود عند الحنفية ببعض الأمثلة:ففي عقد البيع - مثلا - إذا شرط البائع على المشتري أن يستعمل السيارة المبيعة سنة، فإن هذا الشرط فاسد عند الحنفية باعتباره زائدا على مقتضى العقد، و لا يلائم مقتضاه، ولم يرد به نصّ ولم يجر به العرف. ولما كان عقد البيع هو من عقود المعاوضات المالية، فإن هذا الشرط يُفسد العقد.

وفي عقد الكفالة إذا قال الكفيل للمكفول عنه، مثلا : أكفلك لفلان على شرط أن تهبني كذا من المال، فهذا شرط فاسد؛ لأنه ليس من مقتضى عقد الكفالة، ولا يلائم مقتضاه ولم يرد به نص ولم يجر به عرف، ولكنه لا يفسد عقد الكفالة؛ لأنه ليس من عقود المعاوضات المالية، ولذا فإن الشرط يلغى وحده، ويكون عقد الكفالة صحيحًا.

---

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة دار الفكر العربي ص ٢٤٩.

ولكن ما العلة التي حملت فقهاء الحنفية على أن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثرا في صحة عقود المبادلة المالية فيفسدها، ولا يؤثر في غيرها فلا يفسده؟

يعلّل كثير من فقهاء الحنفية ذلك بأن المتعاقدين لما قصدا المقابلة بين العوض والمعوض خلت المنفعة التي يشتمل عليها الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين من مقابل، فيكون ربا؛ لأنه زيادة خلت من عوض، ووجود الربا في عقود المعاوضات يفسدها[١].

وهذا المعنى هو ما وضحه الزيلعي بقوله: «لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه، ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية، كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك، ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه»[٢].

هذا، وبالرغم من إيراد الحنفية لهذه القاعدة مطلقة في كتبهم، فإن الناظر في فروع المذهب الحنفي يجد أن عدم تأثير الشروط الفاسدة على العقود التي ليس فيه مبادلة مال بمال مقيد عندهم بأن لا يؤدي الشرط إلى الإخلال بأيٍّ من شروط صحة العقد، ففي عقد المضاربة - مثلا - الذي يصنفه الحنفية ضمن العقود التي ليس فيها مبادلة مال بمال[٣]- يصرِّحون بفساده إذا اقترن به شرط فاسد يؤدي إلى قطع الشركة بين المضارب ورب المال، أو إلى جهالة نصيب كل منهما من الربح، أو إلى منع التخلية بين المضارب والمال، قال الكاساني:

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٣/١٥٦.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٤٧، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٧٦.

«فإذا شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر، لا يجوز، والمضاربة فاسدة؛ لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة[١]».

وقال السرخسي: «فإذا دفع إلى رجل مالا مضاربة بالنصف على أن يعمل معه رب المال على أن لرب المال أجرا عشرة دراهم كل شهر، فهذا الشرط يفسد عقد المضاربة؛ لأنه يعدم التخلية»[٢].

وقد وجه بعض الحنفية سبب إفساد الشرط للعقد، بالرغم من كونه ليس مبادلة مال بمال، بأنه «ليس لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها وهو معلومية الربح، وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطًا مفسدًا، بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال إلى المضارب»[٣].

ومثل هذا التوجيه يمكن أن يستخلص منه قيد يرد على جميع العقود التي ليس فيها مبادلة مال بمال واقترن بها شرط فاسد، ومفاد هذا القيد: أنه إذا أفضى الشرط المقترن بها إلى الإخلال بصحة العقد نفسه فإن الفساد يتعدى حينئذ من الشرط إلى العقد نفسه.

هذا، وفي سياق شرح هذه القاعدة التي قررها الحنفية فإنه تجدر الإشارة إلى أن بين الفقهاء اختلافًا واضحًا في ضابط الشرط الذي يفسد به العقد، حيث إن لكلٍّ مذهب معاييره الخاصة ونظرته المستقلة إلى هذا الموضوع التي قد

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٨٦/٦.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٢/٢٢.
(٣) حاشية ابن عابدين ٢٨٦/٨، وانظر أيضًا: البحر الرائق ١٩١/٥.

تتوافق في الكثير من الصور والتطبيقات، كما إذا كان الشرط مخالفًا لمقتضيات العقد، أو مؤديًا إلى الوقوع في الربا أو الجهالة أو الغرر، أو مفضيًا إلى فوات الرضا بالعقد، وقد تختلف في صور وتطبيقات أخرى، كما إذا كان في الشرط منفعة لأحد العاقدين، وليس فيه مخالفة لمقتضى العقد، ولا يؤدي إلى الوقوع في الجهالة أو الغرر أو الربا.

ويمكن أن نعرض بإجمال الضوابط العامة للشروط التي تفسد بها العقود(١):

- فعند المالكية يفسد العقد باشتراط أمر محظور، أو أمر يؤدّي إلى غرر، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد(٢).
- وضابط الشرط الفاسد عند الشّافعيّة: اشتراط أمرٍ لم يرد في الشّرع، أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد، أو اشتراط أمر يؤدّي إلى جهالة(٣).
- وضابطه عند الحنابلة: اشتراط عقدين في عقد، أو اشتراط شرطين في عقد واحد، أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد(٤).

---

(١) للتوسع في هذا الموضوع انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣/٢٦، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون لزكي الدين شعبان ص ١٠٢، ١٣٠، دار النهضة العربية ط١، ١٩٦٨م، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لمحمد اليمني ص ٩٢- ١١٧، دار كنوز اشبيليا، ط١، ١٤٢٧هـ الرياض، المدخل إلى فقه المعاملات لمحمد شبير ص ٢٥٣-٢٦٦، دار النفائس ط١، ١٤٢٣هـ، عمان.

(٢) انظر: المقدمات لابن رشد ٣٧٦/١، الذخيرة للقرافي ٩٨/٨، حاشية الدسوقي ٦٥/٣، منح الجليل لعليش ٥٨/٥.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٣٤٦/٩، الحاوي للماوردي ٣١٢/٥، مغني المحتاج للشربيني ٣٤/٢.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣٥٤/٤، المغني لابن قدامة ١٥٦/٤، للتوسع في المذاهب الفقهية الأخرى انظر: شرح النيل لأطفيش ١٣٩/٨، والبحر الزخار لأحمد المرتضى ٣٤٣/٤، والروضة البهية للعاملي ٥٠٠/٣.

- وضابطه عند الظاهرية: كل شرط لم ينص الشارع على جوازه[١].

وبناء على هذه الضوابط فإن بعض الشروط قد تعتبر مفسدة للعقد عند فريق من الفقهاء بينما لا تكون كذلك عند آخرين، وسيأتي التمثيل لذلك في التطبيقات.

أدلة القاعدة:

١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط»[٢].

حيث فسر الحنفية الشرط الوارد في هذا الحديث بالشرط الفاسد، وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نص، ولم يجرِ به العرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق[٣]، وعليه فكل بيع فيه شرط من هذا القبيل هو بيع منهي عنه فيفسد العقد بسبب هذا الشرط، ويقاس على البيع كل عقود المعاوضات؛ لأنها في معنى البيع؛ ذلك أن كل عقد من عقود المعاوضة فيه معنى البيع في وجه من الوجوه[٤].

٢- عن جابر، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «العُمرى لمن وهبت له»[٥].

وجه الدلالة: أن العمرى هي هبة مقترنة بشرط فاسد؛ حيث كانوا في

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٤١٢/٨.

(٢) رواه الطبراني في الأوسط ٢٣٥/٤.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٥٢/٢، بدائع الصنائع للكاساني ١٩٤/٤، ١٩٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، البحر الرائق لابن نجيم ٩٢/٦ و١٩٥، حاشية ابن عابدين ٨٥/٥، عمدة القاري للعيني ٢٢٦/٤.

(٤) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٠.

(٥) رواه البخاري ١٦٥/٣ (٢٦٢٥) ومواضع أخر، ومسلم واللفظ له ١٢٤٦/٣ (١٦٢٥).

الجاهلية يعطي الرجلُ الرجلَ الدار ويقول له:أعمرتك إياها، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك، فإن متُّ رجعت لورثتي، فأجاز الرسول ﷺ العُمرى وأبطل شرط المعمِر وجعلها للمعمَر له في حياته ولعقبه بعد مماته[١]، وهذا - كما ذكر الحنفية - يدل على أن موضوع العقد إذا لم يكن فيه مبادلة مال بمال فإنه لا يفسد بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط وحده. قال المرغيناني: «.. وهبَ له دارًا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئًا منها أو يعوضه شيئًا منها فالهبة جائزة والشرط باطل؛ لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة، والهبة لا تبطل بها، ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع»[٢].

٣- من المعقول:

أن الشروط الفاسدة يلزم عنها الربا إذا كان في العقد معاوضة مال بمال؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، والشروط الفاسدة تتضمن هذا الفضل الخالي عن عوض؛ لأنها تزيد على العقد ما لا يقتضيه ولا يلائمه ولم يرد به النص ولم يجر به العرف، فيكون ثمة فضل خال عن العوض، وهو الربا بعينه. وهويختص بالمعاوضات المالية على سبيل الحصر والتعيين؛ لأنه لا يتصور وقوعه في المعاوضات غير المالية؛كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك، ولا في التبرعات أيضًا كالهبة والوصية، لذا فإنه يفسد العقد إذا كانت فيه معاوضة مالية، ويبطل الشرط وحده إذا لم يكن في العقد مبادلة مال بمال[٣].

---

(١) انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/٩١، نيل الأوطار للشوكاني ٦/١١٩.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي ٣/٢٣٠.

(٣) انظر:تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١، مجمع الأنهر ٣/١٥٦.

تطبيقات القاعدة:

١- لو شرط البائع أن يهبه المشتري شيئًا أو يقرضه أو يسكن الدار شهرًا، أو شرط المشتري على البائع أن يطحن الحنطة التي اشتراها منه، أو يقطع الثمرة، أو أن يدفع البائع إليه المبيع قبل دفع الثمن أو على أن يدفع الثمن في بلد آخر، فهذه كلها شروط تفسد البيع عند الحنفية؛ لأن فيها منفعة لأحد المتعاقدين في عقد معاوضة مالي، لا يقتضيها العقد؛ ولا تلائم مقتضاه؛ ولم يرد بها نص؛ ولم يجر بها عرف[١].

٢- ذكر الحنفية أنه «لو أجّره داره على أن يسكنها شهرًا ثم يسلمها إلى المستأجر، أو أرضًا على أن يزرعها ثم يسلمه إلى المستأجر، أو دابة على أن يركبها شهرًا، أو ثوبًا على أن يلبسه شهرًا - ثم يسلمه إلى المستأجر، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وأنه شرط لا يلائم العقد، وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال، يكون ربا أو فيها شبهة الربا، وكل ذلك مفسد للعقد»[٢].

٣- لو قال: زارعتك أرضي أو ساقيتك كرمي على أن تقرضني ألفًا فسدت المزارعة والمساقاة؛ لأنه شرط فاسد في عقد المزارعة، وهي من عقود المعاوضات المالية باعتبارها في معنى الإجارة[٣].

٤- من قال لآخر: وهبتك هذه المائة. أو: تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة. صحت الهبة وبطل الشرط؛ لأن الهبة ليست مبادلة مال بمال[٤].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٨٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٤. هذا عند الحنفية، أما عند غيرهم فكثير من هذه الصور تعتبر صحيحة بناء على اختلافهم في معيار الشرط الفاسد كما تقدم في الشرح.

(٣) مجمع الأنهر ٣/١٥٧، حاشية ابن عابدين ٥/٢٤٧، وللفقهاء من غير الحنفية تفصيل في المسألة.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/٢٤٩.

٥- إذا قال: تزوجتك على أن لا يكون لك مهر - يصحُّ النكاح ويبطل الشرط، ويجب مهر المثل[١].

٦- إذا قال: خالعتُكِ على أن لي الخيار مدة يراها - بطل الشرطُ ووقع الطلاق؛ لأن الخلع ليس معاوضة مال بمال[٢].

٧- إذا قال الراهن للمرتهن: رهنت سيارتي عندك بشرط أن أستخدمها، أو قال المرتهن: قبلت على أن الرهن إن ضاع ضاع بلا شيء، بطل الشرط وصح الرهن[٣].

٨- إذا قال: كفلت غريمك على أن تقرضني كذا وأحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التوي فالكفالة والحوالة صحيحتان والشرط باطل[٤].

٩- إذا قال الوكيل للموكل: إنني وكلتك في الأمر الفلاني بشرط أن تبرئني من الدين، والوكيل قبل بذلك، فالوكالة صحيحة، ولكن الشرط لغو[٥].

١٠- لو قال شخص لآخر: إنني أقرضك المبلغ الفلاني على شرط أن تشتغل عندي شهرًا واحدًا، والشخص المذكور قبل الشرط فتسلم المال، فالقرض صحيح والشرط باطل[٦].

د. عبدالرحمن الكيلاني

* * *

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٣/٦، مجمع الأنهر ١٥٨/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٥.
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٣/٦، مجمع الأنهر ١٥٨/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٥.
(٣) انظر: مجمع الأنهر ١٥٨/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٥.
(٤) انظر: المصادر السابقة.
(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧٦/١.
(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧٦/١.

رقم القاعدة: ١٠١٢

نص القاعدة: التَّبَرُّعُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الشرط الفاسد لا يبطل عقد التبرع[٢].

٢- ما كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات[٤]. (أعم).

٢- الشرط الباطل لا يؤثر في العقد[٥]. (أعم).

٣- كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا، فلا[٦]. (أعم).

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازة ٥/٥٧٩، البناية للعيني ٥/٣٠٨.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٤٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي٤/١٣١، البحر الرائق لابن نجيم٦/١٩٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده٢/١١١.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٦٦، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣٢٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ٢٤١.

(٦) الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٥/٢٤٠، ٢٤١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- كل ما لا يصح[١] من العقود إلا بالقبض لم يفسده الشرط[٢]. (أعم).

٥- الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد[٣]. (عموم وخصوص وجهي).

٦- الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٤]. (أخص).

٧- الصدقة لا تفسد بالشرط الفاسد[٥]. (أخص).

٨- لا يفسد القرض بفساد الشرط[٦]. (أخص).

شرح القاعدة :

الشرط الفاسد : هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به أثر ولا جرى به عرف بين الناس، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو غيرهما[٧]، مثل أن يبيع سيارة على أن يستخدمها شهرًا بعد البيع، أو دارًا على أن يسكنها مدة معلومة ثم يسلمها إليه أو على أن يقرضه المشتري مبلغًا من المال.

---

(١) المقصود بالصحة هنا تمام العقد.

(٢) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٨/٦. ووردت في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥٤/٥ بلفظ: "ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن"، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ٥/٢٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ١٦١/٣، الأشباه لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي ٣٤٩/١. وفي مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٦٥/٢ بلفظ: " الهبة لا تفسد بالشرط الفاسد"، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) رد المحتار ٣٤٥/٢، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " القرض لا يفسد بالشروط الفاسدة وإنما يلغو الشرط الفاسد ".

(٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٠٢/٢. ووردت في المبسوط للسرخسي ٢٥/٢٣ بلفظ: "القرض لا يبطل بالشرط الفاسد ".

(٧) انظر: المبسوط ١٤/١٣، بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة ص٢٣٩.

وهذا التعريف يمثل مذهب الحنفية الذين هم أصحاب هذه القاعدة، أما المذاهب الأخرى فلكل واحد منهم معاييره الخاصة في ضبط وتحديد الشرط الذي يفسد به العقد، وهي تتفق في كثير من الصور والحالات؛ كما إذا كان الشرط مخالفا للشرع أو لمقتضى العقد، وتختلف في صور وحالات أخرى، كما إذا كان في الشرط منفعة لأحد العاقدين، وليس فيه مخالفة للشرع أو لمقتضى العقد.

ومعنى القاعدة: أن من اشترط شرطًا فاسدًا في عقد من عقود التبرعات فإنه يكون لغوًا لا أثر له، ويبقى العقد صحيحًا، سواء أكانت هذه العقود تبرعًا ابتداء وانتهاء؛ كالهبة والإعارة أم تبرعا ابتداء ومعاوضة انتهاء؛ كالقرض والكفالة أم كانت في حكم التبرع، كعقود التوثيقات من الرهن ونحوه.

وبطلان الشرط مع صحة العقد مقيد بأن لا يؤدي ذلك إلى إبطال العقد من أصله، فإن أدى إلى ذلك بطل الشرط والعقد؛ كما نص على ذلك ابن عابدين بقوله: «الشرط الفاسد إنما لا يبطل التبرعات إذا لم يكن موجبه نقض عقد التبرع من أصله»[١]، كما لو وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها كان الوقف باطلا؛ لأنه نقض للوقف من أصله[٢].

والعلة في تفريق الحنفية بين عقود المعاوضات والتبرعات في بطلانها بالشرط الفاسد هو أن «مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين»[٣]، فيقصد فيها تعادل كل من طرفي العقد، ولهذا يعمل كل من المتعاقدين على هذا التعادل باشتراط ما يرى من شروط، فيأخذ الشرط في عقود المعاوضات المالية قسطًا من العوض، فإذا أبطلنا الشرط الذي رضي أحد المتعاقدين بالعقد على

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٦/ ٢٠٣.
(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/ ٢٤٨.
(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٣.

أساسه مع تصحيح العقد اختل بذلك التعادل والتوازن بين البدلين، وفات الرضا بالعقد، فيضار صاحب الشرط، ويؤدي ذلك إلى النـزاع بين الطرفين، ففي إبطال العقد قطع النـزاع من أساسه[(١)].

أما عقود التبرعات فإنها ليست مبنية على المساواة والمعادلة بين الطرفين، فإلغاء الشرط لا يحدث نزاعا، ولا يبطل التعادل بين الطرفين لخلو هذا النوع من العقود من ذلك المعنى من أساسه فصح العقد لانتفاء الضرر والغرر.

وقد حصر الحنفية عقود التبرعات التي لا تبطل بالشرط الفاسد وما في حكمها من التوثيقات، وهي: القرض والهبة والصدقة والوقف[(٢)] والعتق والوصية والإيصاء والوكالة، والرهن والكفالة[(٣)].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا، فلا»[(٤)] التي تشتمل على عقود المعاوضات المالية التي تبطل بالشروط الفاسدة؛ كالبيع والإجارة، وعقود التبرعات التي لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ كالهبة، وعقود المعاوضات غير المالية؛ كالخلع والصلح عن القصاص، وهي لا تبطل بالشروط الفاسدة أيضًا.

وهي تمثل مذهب الحنفية في التفريق بين عقود المعاوضات والتبرعات

---

(١) انظر: الأموال ونظرية العقد لمحمد موسى ص ٣٨٨.

(٢) لم يذكر أكثر فقهاء الحنفية الوقف ضمن العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة، وقد بحث ابن عابدين المسألة عند الفقهاء وقرر أن الوقف لا يبطل بالشرط الفاسد كغيره من التبرعات إلا إذا كان الشرط يؤدي إلى نقض العقد من أصله. انظر: رد المحتار ٢٤٨/٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٣/٤، مجمع الأنهر ١١٣/٢، ١١٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين٢٤٩/٥-٢٥٠، الجوهرة النيرة للحدادي ٣٣٢/١.

(٤) الدر المختار مع رد المحتار ٢٤٠/٥، ٢٤١. وانظر: تبيين الحقائق ١٣١/٤، منحة الخالق على البحر الرائق ١٣٥/٦، ١٣٦.

في فسادها بالشرط الفاسد، أما الجمهور فالأصل عندهم أن «الشروط الفاسدة: تفسد العقود»[١] مطلقًا؛ فما أبطل المعاوضة أبطل التبرع وما لا فلا، قال السنهوري عن الشافعية: «الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل في مذهب الشافعي المعاوضات والتبرعات على السواء»[٢]. إلا أن المذاهب الأخرى لم تخل من موافقة الحنفية في بعض فروع القاعدة أو من قول جارٍ على وفقها، فالمالكية قالوا: «يجوز في الكتابة ما لا يجوز في البيع»[٣]، فلو شرط في الكتابة شرطًا فاسدًا صحت الكتابة وبطل الشرط[٤]، وكذلك صححوا الوقف وأبطلوا الشرط الفاسد فيه، وخرجوا عليه قولا في الهبة؛ كما في فتح العلي المالك: «اختلف فيمن وهب لرجل هبة، أو تصدق على رجل بصدقة على أنه لا يبيع ولا يهب على خمسة أقوال ذكرها ابن رشد... والقول الثالث: أن الشرط باطل والهبة جائزة، وهذا القول يأتي على ما في المدونة في الذي حبس الدار على ولده وشرط أن ما احتاجت إليه من مرمتها عليهم أن الدار تكون حبسا ولا يلزمهم ما شرط عليهم وتكون مرمتها من غلتها»[٥]، وكذلك وافق الشافعيةُ الحنفية في عدم إبطال عقود التبرعات بالشرط الفاسد في بعض الفروع والصور واستثنوها من أصلهم؛ قال الزركشي «قاعدة الشروط الفاسدة: أن يفسد العقد، إلا في القرض إذا شرط فيه مُكَسَّرًا عن صحيح أو أن يقرضه غيره لغا الشرط، ولا يفسد العقد في الأصح»[٦]، وزاد عليه غيره العمرى والرقبى؛ فقال البلقيني: «ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٧.
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٣/ ١٧١.
(٣) القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة لأحسن زقور ٢/ ٦٥٧.
(٤) انظر: المدونة ٢/ ٤٥٩، الذخيرة للقرافي ١١/ ٢٧٥، التاج والإكليل للمواق ٨/ ٤٨٩.
(٥) فتح العلي المالك لمحمد عليش ٤/ ٣٧٠. وانظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٥٠.
(٦) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٢٤١.

وجود الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هذا – أي العمرى والرقبى-»[١]، وزاد عليه آخرون الوقف فقالوا: «الوقف لا يفسد بالشرط الفاسد»[٢]. وكذلك الحنابلة وافقوا الحنفية في القرض[٣] فقالوا: «لا يفسد القرض بفساد الشرط»[٤]، وإنما يلغو الشرط الفاسد[٥].

وذهب الإمامية في المعتمد عندهم إلى أن «الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط»[٦] أصلا معاوضة كان أو تبرعًا؛ وذلك لأن «العقد والشرط التزامان مستقلان، فلا يسري فساد الشرط إلى العقد، لعدم دخوله في ماهية العقد»[٧].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى لمن وهبت له»[٨] وفي رواية: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًّا وميتًا، ولعقبه»[٩].

ووجه الدلالة هو: أن العمرى هي هبة مقترنة بشرط فاسد؛ حيث كانوا

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٣٠٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٥٦٢.

(٢) مغني المحتاج ٣/٥٣٥، شرح الإقناع للخطيب مع حاشية البجيرمي ٣/٢٥١، حاشية تحفة المحتاج للشرواني ٣/٢٥٣ بتصرف يسير.

(٣) أما الهبة فحكمها عندهم حكم البيع، فما أبطل البيع من الشروط الفاسدة أبطل الهبة، كاشتراط عقد في عقد، وما لم يبطل البيع من الشروط الفاسدة لم يبطل الهبة، كاشتراط ما ينافي مقتضى العقد. انظر: الإنصاف للمرداوي ٧/١٣٣-١٣٤، كشاف القناع للبهوتي ٤/٣٠٧.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٠٢.

(٥) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ص ٢٧٢، م/٧٤٥.

(٦) قواعد الإمامية، لجنة الحوزة ٢/٥٨٨.

(٧) مائة قاعدة فقهية للمصطفوي ص ١٤٨.

(٨) رواه البخاري ٣/١٦٥ (٢٦٢٥) ومواضع أخر، ومسلم واللفظ له ٣/١٢٤٦ (١٦٢٥).

(٩) رواه مسلم في صحيحه ٣/١٢٤٦ (١٦٢٥).

في الجاهلية يعطي الرجلُ الرجلَ الدار ويقول له:أعمرتك إياها، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك، فإن متُ رجعت لورثتي، فجاء الشرع بمراغمتهم وصحح العقد وأبطل الشرط المضاد لذلك؛ لأنه يشبه الرجوع في الهبة وهو منهي عنه[1]؛ قال البغوي: «وفيه دليل على أن من وهب شيئًا، وشرط فيه شرطًا فاسدًا مثل أن شرط أن لا يبيعه، أو لا يهب، وما أشبه ذلك أن الهبة صحيحة، والشرط باطل»[2].

٢- لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض، وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه[3].

٣- لأن فساد العقد بفساد الشرط إنما كان لأجل النهي الوارد في ذلك، والنهي ورد في البيع خاصة دون غيره[4]، فليحق به ما كان في معناه من المعاوضات، ويبقي غيره على الأصل[5].

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٥/٢٤٠، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ٢/١٣٣، المغني لابن قدامة ٥/٤٠١.

(٢) شرح السنة للبغوي ٨/٢٩٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١، البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٩٤، ١٩٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٢٠٠، مجمع الأنهر ٢/١١١، رد المحتار ٥/١٦٩.

(٤) المقصود به حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط». رواه الطبراني في الأوسط ٤/٢٣٥، وأبو حنيفة في مسنده ١/١٦٠ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/١٦١.

تطبيقات القاعدة :

١- لو قال وقفت هذا المكان مسجداً بشرط أن لا يُعتكف فيه فإن الوقف يصح ويلغو الشرط[(١)]؛ إذ الوقف لا يفسد بالشرط الفاسد[(٢)].

٢- إذا قال شخص لآخر: إنني نصبتك وصيًا بشرط أن تزوجني بنتك فالإيصاء صحيح والشرط باطل؛ لأن عقد التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد[(٣)].

٣- إذا قال: كفلت عن غريمك إن أقرضتني كذا صحت الكفالة وبطل الشرط؛ لأن الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسد[(٤)].

٤- لو وهب الرجل شيئًا لآخر، وسلمه إياه على شرط أن لا يهب الشخص المذكور ذلك المال لآخر، أو أن لا يبيعه من فلان؛ فالهبة صحيحة، والشرط باطل؛ لأن التبرعات لا تبطل بالشروط الفاسدة[(٥)].

٥- لو وهب أحد داره على أن يبقى ساكنًا فيها إلى أن يموت، أو وهب كرومه على أن يكون محصولها له إلى أن يموت وسلمها له، كانت الهبة صحيحة والشرط باطلا[(٦)].

---

(١) انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢٥١.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٦٤، مغني المحتاج ٣/٥٣٥.

(٣) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/١٣٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٦.

(٤) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/١٣٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٧٧٠.

(٥) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١/٣٣١، الفتاوى الهندية ٤/٣٩٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٢٨. وراجع أيضًا: فتح العلي المالك لعليش ١/٣٧١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٣٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣٩٦-٣٩٧.

(٦) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٢٨.

٦- لو تصدق عليه بدار وسلمه إياها، وشرط عليه أن يرد له مقدارًا من الدار المتصدق به، كالثلث والربع فالصدقة صحيحة والشرط باطل، ولا يجبر الشخص المذكور على رد شيء من المال المذكور أو إعطاء بدل عوض له[١].

٧- لو وهب الواهب فرسًا على أن يبقى للواهب حملها الذي في بطنها، وسلمه إياها فتكون الفرس وفلوها للموهوب له؛ لأن ما لا تجوز هبته منفردًا لا يجوز استثناؤه من الموهوب، فتصح الهبة ويبطل الشرط[٢].

٨- إن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه فالشرط باطل؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، فشرط النقصان يخالف مقتضاه، والعقد صحيح؛ لأن القرض لا يفسد بفساد الشرط[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٩/٥٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٢٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/١١٧، ١١٨، تبيين الحقائق ٥/١٠٢، ١٠٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٣٤، ٤٣٥.

(٣) انظر: المغني ٤/٢١٣، شرح منتهى الإرادات ٢/١٠٢، مطالب أولي النهى ٣/٢٤٤، ٢٤٥.

رقم القاعدة: ١٠١٣

نص القاعدة: عَقْدُ المُعَاوَضَةِ يَقْبَلُ الفَسْخ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- عقود المعاوضات تقبل الفسخ[٢].

٢- عقد العاوضة يلحقه الفسخ[٣].

٣- صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة إلى دفع الضرر[٤].

٤- عقد المعاوضة يصح فسخه[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل في العقود اللزوم[٦]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- كل ما ليس فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ[٧]. (قسيمة).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٣٥٧.

(٢) رمز الحقائق للعيني ٢/١٠٩.

(٣) الجوهرة النيرة للعبادي ٢/١١٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٥/٧٩.

(٥) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٦٥.

(٦) الفروق للقرافي ٣/٤٤٤، شرح النيل لأطفيش ٩/٢٥٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/١٣٦.

٣- الغرور متى تمكن في عقد المعاوضة فهو مثبت حق الرجوع للمغرور على الغار[1]. (أخص).

٤- الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في العقود يستوي فيها المسلم والذمي[2]. (مكملة).

٥- سائر العقود تقبل الفسخ بالتراضي[3]. (أعم).

٦- عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع[4]. (أعم).

٧- البيع يقبل الفسخ بعد تمامه[5]. (متفرع).

٨- انتقال الملك إلى المشتري بالعقد يقبل الفسخ في مدة الخيار[6]. (متفرع).

شرح القاعدة:

الفسخ في اصطلاح الفقهاء: قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه.

والانفساخ: انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه[7].

وعقود المعاوضات قسمان:

لازم: وهو ما لا يقبل الفسخ، أو ما لا يمكن للغير إبطاله.

ويقابله الجائز: وهو عكسه[8].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٧٤/٧، وانظر قاعدة: "الغار ضامن"، في قسم القواعد الفقهية.
(٢) الحاوي للماوردي ٣٠٣/٧.
(٣) المنثور للزركشي ٤٧/٣.
(٤) فقه الصادق للروحاني ٢٠٤/٢١.
(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٣١٠/٤.
(٦) انظر: مختلف الشيعة للحلي ٥٥/٦.
(٧) انظر: المنثور للزكشي ٤٢/٣.
(٨) المنثور للزكشي ٣٠٤/٢.

ومعنى القاعدة أن عقود المعاوضات وإن كان الأصل فيها اللزوم؛ إذ هي أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان وترتب المسببات على أسبابها[(١)]، فهي سبب لانتقال ملك العوضين بين المتعاقدين انتقالا تاما عن تراض، وهو ما دلت عليه القاعدة: «الأصل في العقود اللزوم»، إلا أن هذه العقود قد تلحقها بعض العوارض التي تخرجها من حيز اللزوم والنفاذ إلى حيز الفسخ والانفساخ بحيث يرجع كل عاقد إلى ما بذله من عوض لإبرام العقد، أو قيمة بدله، يقول العز بن عبد السلام: «الفسوخ هي ترادٌّ بين العوضين، أو ردٌّ في أحدهما في مقابلة قيمة الآخر»[(٢)]. وهذا المعنى هو ما دلت عليه القاعدة: «الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم، وإنما يتغير لعارض». فإذا ما حصل عارض من هذه العوارض فإن العقد في هذه الحالة ينفسخ، ولا يمنع من ذلك كونه من عقود المعاوضات.

وتخصيص القاعدة لعقود المعاوضات بأنها هي التي تقبل الفسخ لا غيرها من عقود التبرعات راجع إلى أن الأصل في عقود التبرعات عدم اللزوم حيث إن فسخها لا يترتب عليه ضرر، إلا ما استثناه الشارع من ذلك كالرجوع في الهبة بعد قبول الموهوب له وقبضه للهبة[(٣)].

وتفسخ عقود المعاوضات لأسباب كثيرة يمكن إجمالها في الآتي[(٤)]:

١- الاتفاق أو التراضي، ومنه الإقالة.

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٣/٤٠٦.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٧٠.

(٣) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»، قالوا: فبان بهذا الحديث أن المراد العائد في قيئه الرجل لا الكلب، ولما كان رسول الله ﷺ قد جعل الرجوع في الهبة كالرجوع في القيء، وكان رجوع الرجل في قيئه حرامًا عليه، فكان كذلك رجوعه في هبته.شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/١٣٩.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢/١٣٢، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٥، شرح النيل ١/٣٦٩.

٢- الخيار، كالفسخ بخيار العيب.

٣- عدم اللزوم، كفسخ عقد الاستصناع قبل البدء في العمل.

٤- استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة، كفسخ عقد البيع بهلاك المبيع.

٥- الفساد، كالعقد مع الأجل المجهول أو اشتراط الربا.

فكل واحد من هذه الأسباب - إذا وقع - أدى إلى انحلال عقد المعاوضة وانفساخه[١].

وطرق الفسخ ثلاثة:

١- أن يفسخ العقد بفسخ العاقدين إذ إن ما عُقد بالاتفاق والتراضي يجوز أن يفسخ بما عقد به[٢]. وقد يفسخ من طرف واحد على اختلاف في هذه المسألة بين الفقهاء.

٢- أن يفسخ بقضاء، أي بحكم الحاكم الملزم للطرفين أو لأحدهما، وهو الفسخ الجبري، وخصوصا عند التنازع[٣].

---

(١) فالانفساخ عند البعض يكون انفساخ الكلامين، وعند البعض الآخر يكون الانفساخ هو خروج الكلام من كونه معتبرا في حق الحكم المشروع له. انظر: قواطع الأدلة للسمعاني ٤٠٦/٢.

(٢) لقد رغّب الشرع في بعض أنواع التراضي على الفسخ كالإقالة، وبين النبي ﷺ ثوابها بالنسبة للمقيل سواء كان المقال كافرًا أو مسلمًا، يقول الصنعاني: "وأما كون المقال مسلمًا فليس بشرط، وإنما ذكره لكونه حكمًا أغلبيًا وإلا فثواب الإقالة ثابت في إقالة غير المسلم، وقد ورد بلفظ: "من أقال نادمًا"، أخرجه البزّار". سبل السلام للصنعاني ٣٣/٣. وهذا المعنى هو ما أصّلته القاعدة ذات العلاقة: «الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في العقود يستوي فيها المسلم والذمي».

(٣) انظر: بدائع الصنائع الكاساني ٢٨١/٥- ٢٩٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير١٢١/٣، المغني لابن قدامة ١٠٩/٤.

٣- أن يفسخ بحكم الشرع: كالعقد على محرم، أو بشروط منهي عنها؛ لأن العقد الباطل شرعا كالباطل حسًّا[١]، ومن ثم قال الفقهاء: «عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع».

وقد جرى العمل بهذه القاعدة عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وإن اختلفوا في بعض جزئيات ما قد يدخل في حكمها من تفاصيل الشروط والعيوب وغير ذلك، كما اختلفوا في طرق فسخ هذه العقود.

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢]، وعدم فسخ العقد مع وجود الضرر فيه ضرر وضرار إما على أحد المتعاقدين أو على كليهما وهو ما يأباه الشرع، يقول السرخسي: «صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة إلى دفع الضرر كالمشتري يرد المبيع بالعيب»[٣].

٢- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عثرته»[٤] والإقالة فسخ للعقد، وحقيقتها شرعًا رفع العقد الواقع بين المتعاقدين، وهي مشروعة إجماعًا[٥].

---

(١) انظر: الموسوعة الكويتية ١٣٥/٣٢.

(٢) رواه أحمد في مسنده ٥٥/٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٧٨٤/٢ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/ ٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٥١/٤ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ١١٤/٦ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة. انظر: نصب الراية ٣٨٤/٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٩/١٥.

(٤) رواه أحمد ٤٠٠/١٣ (٧٤٣١)، وأبو داود ١٦٨/٤ (٣٤٥٤)، وابن ماجه ٧٤١/٢ (٢١٩٩)، والحاكم ٤٥/٢ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

(٥) سبل السلام للصنعاني ٣٣/٣.

٣- يدل على القاعدة العقل؛ لأن «العقل يقضي بأن من حق الطرفين أن يرفعا العقد تبعًا للمصلحة»[١].

تطبيقات القاعدة:

١- للمتبايعين أن يتقايلا البيع في المبيع كله أو بعضه، مثال الأول: إذا باع إنسان مالا من آخر وسلم البائع المال للمشتري ثم قال للمشتري: أقلت البيع، فقال المشتري: قبلت، فتكون الإقالة ها هنا في كل المبيع ويرجع إلى ملك البائع. ومثال الثاني: إذا باع إنسان من آخر خمس عشرة كيلة حنطة، وقال البائع للمشتري: إما أن تدفع لي الثمن أو ترد لي الحنطة، فلو رد المشتري خمس كيلات فقد وقعت الإقالة في الخمس الكيلات بالتعاطي[٢]. وعقد المعاوضة يقبل الفسخ.

٢- إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبًا جاز له أن يردها؛ لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر[٣]. و«الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ»[٤].

٣- إذا اختلف المتبايعان في ثمن المبيع فقال البائع: بعته بألفين، وقال المشتري: اشتريته بألف، فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما ادعاه البائع، فإذا تحالفا قال لهما القاضي: ما تريدان؟ فإن لم يطلبا الفسخ تركهما

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/١٤٢.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/١٤٢.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٤٠٥.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ١١/٣٤١.

حتى يصطلحا على شيء، وإن طلبا الفسخ أو أحدُهما فسخ؛ لأنه لما لم يتعين الثمن ولا المبيع صار مجهولا فيفسخ قطعا للمنازعة، ولا ينفسخ بنفس التحالف حتى يتفاسخا أو يفسخ القاضي(١). وعقد المعاوضة يقبل الفسخ.

٤- من وكل وكيلا ليبتاع له شيئًا سماه؛ فابتاعه له بغبن يتغابن الناس بمثله، أو وجده معيبًا عيبًا يحط به من الثمن الذي اشتراه به، فله الرد أو الإمساك أو الاستبدال أو فسخ الصفقة(٢)؛ لأن عقد المعاوضة يقبل الفسخ.

٥- إذا اشترى شخص من آخر سلعة وهلك المبيع قبل القبض ينفسخ البيع، وإذا هلك الثمن في المجلس قبل القبض، فإن كان عينًا مثليًّا لا ينفسخ؛ لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين، وللناس أغراض في الأعيان(٣).

٦- إذا أعسر الرجل بالمهر فإن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح؛ لأنه عقد معاوضة يلحقه الفسخ فجاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع(٤).

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) الاختيار للموصلي ١٢٩/٢.
(٢) المحلى لابن حزم ٧١/٩.
(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٩/٢.
(٤) المهذب للشيرازي ٦١/٢.



رقم القاعدة: ١٠١٤

نص القاعدة: المُعَاوَضَةُ مَبْنَاها عَلَى المُعَادَلَةِ والمُسَاواةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- مبنى المعاوضات على المساواة[٢].

٢- المعاوضة تقتضي المساواة[٣].

٣- عقد المعاوضة يوجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن[٤].

٤- قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين[٥].

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٦٦/٣٠. وفي لفظ: "العدل هو مبنى المعاوضة". انظر: المصدر نفسه ١٥٥/٣٠- ١٥٦. وفي لفظ آخر: " المعاوضة مبناها [على] المعادلة " شرح الزركشي ١٧٩/٢. وفي لفظ آخر: " بناء المعاوضات على التعادل بين الطرفين " الفقه الإسلامي وأدلته ٢١٠/٤. وبنحوه في نظرية تحمل التبعة لمحمد زكي ص ١١٦.

(٢) بدائع الصنائع ٢٥٢/٥، ٢٧٤. وفي لفظ: "المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة" ٢٤٩/٥. وفي لفظ آخر: "مبنى عقد المعاوضة على التساوي" البناية ٤٤٧/٩. وبنحوه في الهداية ٢٥٤/٣.

(٣) اللباب للميداني ٨٥/١، البناية ٢٦٩/٦، ٥٦٠/١٠، ٥٦٥، الجوهرة النيرة ١٩٢/١، شرح المجلة للأتاسي ٢٤٨/٢. وفي لفظ: "المعاوضة تقتضي التساوي بين العاقدين" الذخيرة لابن مازة ١٠١/٦- ٤١٧. وفي لفظ آخر: "المعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما" فتح القدير ٥٠٥/٣، مصادر الحق ٢٢٧/٤.

(٤) الذخيرة لابن مازة ١٩١/٦. وفي لفظ آخر: "المساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة" المصدر نفسه ٣٣٧/٥. وبنحوه في المبسوط ٢/٨، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٩٠/٥.

(٥) تبيين الحقائق ١٧١/٥.

٥- حكم عقد المعاوضة المساواة بين البدلين[1].

٦- المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين[2].

قواعد ذات علاقة :

١- التراضي هو المناط في المعاوضات الشرعية[3]. (تعليل).

٢- كل نقص دخل على عوض أو مُعَوَّض استُحِقَّ أرشُه[4]. (أخص).

٣- المعاوضات تقتضي سلامة العوض[5]. (أخص).

٤- لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد[6]. (أخص).

٥- مبنى البيع على المساواة والمعادلة من الجانبين[7]. (أخص).

٦- الأصل في عقود المعاوضات أن يكون العوض بقدر القيمة[8]. (متكاملة).

---

(١) البناية ٩/٢٨٣. وفي لفظ: "مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين" بدائع الصنائع ٦/١٨٣، وفي لفظ: "ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة لا يجوز" مصادر الحق للسنهوري ٤/٢٠٦. وانظر أيضًا: بدائع الصنائع ٥/٢٦٥.

(٢) بدائع الصنائع ٤/٢٠١. وفي لفظ: "المعاوضة متى كانت مطلقة من الشرط فإن الشأن فيها المساواة بين العاقدين" عقد الإيجار لمذكور ص ١٠٤.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٣/٥٩. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات".

(٤) الحاوي ٧/١٣٩، تكملة المجموع ١٤/٢٤٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) تبيين الحقائق ٤/٤٨٠.

(٦) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المحيط البرهاني ٩/٤٥٩.

(٨) كشاف القناع ٤/١٣٦.

شرح القاعدة:

المُعَاوَضة مُفَاعَلة من العوض، وهي تقتضي مشاركة بين طرفين؛ لأن كل واحد يعطي شيئًا ويأخذ عوضه.

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بعقود المعاوضات (المبادلات بعوض) التي يشترط فيها أن يلتزم كل من العاقدين عوضًا لصاحبه، مثل البيع والإجارة والصرف والسلم والجعالة ونحوها. بخلاف التبرعات، فلا تعادل فيها، ولا يتأتى فيها النزاع بين الطرفين.

وهي مظهر من مظاهر العدل الذي هو من مبادئ هذه الشريعة الربانية، ومعناها: أن عقود المعاوضات مبنية على المساواة والمعادلة بين ما لكل واحد من العاقدين من حقوق وما عليه من التزامات، فمتى أطلق العقد ولم يقيد بشرط فكل حق ثبت لأحدهما ثبت لآخر مثله، وكذلك الشأن في ما يجب عليهما من الالتزامات.

هذا هو الأصل المتقرر في الشريعة الإسلامية، وقد نشأ عنه حق كل واحد من العاقدين في فسخ العقد عند ظهور العيب السابق على العقد، وهو أيضًا مستند قاعدة: «كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه»، والقاعدة الأخرى: «لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد»، ومسألة وضع الجوائح[(١)]، وانفساخ العقد إذا تلف المعقود عليه قبل التمكن من القبض تلفًا لا ضمان فيه[(٢)]، وتحريم الربا، ونحو ذلك من الأمور التي يقصد منها تحقق المساوة بين المتعاقدين فيما لهما وما عليهما.

---

(١) الجوائح جمع جائحة، وهي الآفة التي تصيب الثمار والزروع فتهلكها. انظر: شرح السنة للبغوي ٩٩/٨، بداية المجتهد لابن رشد ١٤١/٢، سبل السلام للصنعاني ٨٨/٣.

(٢) وذلك لأن العاقدين "لم يبذل أحدهما ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه، فكل منهما آخذ معط، طالب مطلوب، فإذا تلف المقصود بالعقد المعقود عليه قبل التمكن من قبضه مثل تلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها وتلف ما بيع بكيل أو وزن قبل تمييزه بذلك وإقباضه ونحو ذلك لم يجب على المؤجر أو المشترى أداء الأجرة أو الثمن" مجموع الفتاوى ٢٦٦/٣٠. وانظر أيضًا: ٢٣٦/٣٠.

والمعاوضة إذا كانت من معاوضات محضة[١] مثل البيع والإجارة ونحوهما، فإن المساواة بين الجانبين مطلوبة أبدًا عند إطلاق العقد، أما في غير المحضة فلا تشترط المساواة في بعض الحالات؛ لأن غير المحضة قد يتسامح فيها بما لا يتسامح به في غيرها، فمثلا، «ليس من شرط العوض [في هبة الثواب] أن يساوي الموهوب، بل القليل والكثير، الجنس وخلافه سواء؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا»[٢]، مع أنهم قالوا: من وهب غيره شيئًا هبة الثواب فعوضه عنها، ثم استحق الموهوب، كان له أن يرجع فيما عَوَّضَ. ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة. وإن قال: أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك وإن كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض. وإذا استحق كل الهبة، والعوض مستهلك، يضمن كل قيمة العوض[٣]. وهذا كله مبناه على لزوم التساوي بين الجانبين.

ويجدر التنبيه هنا على أن وجوب المعادلة والتساوي بين العاقدين إنما هو عند إطلاق العقد، أما إذا اشترط أحدهما شرطًا جائزًا فلا تشترط المساواة عندئذ، كأن يشترط أحدهما تأجيل تسليم العوض مثلا، أو يبيع بشرط البراءة من كل عيب – عند من أجازه، أو يشترط تعجيل الأجرة، ونحو ذلك من

(١) المعاوضات المحضة: هي "التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض" إعلام الموقعين ٢/ ٤، أو: هي ما يقصد بها المال من الجانبين أو: هي "ما يفسد العقد فيها بفساد العوض" المنثور ٣/ ١٨٥، ١٨٦، ولا خلاف بين هذه التعريفات، وكلها من أوصاف العقود المحضة.
والمعاوضات غير المحضة بخلاف المحضة، مثل الهبة بنية الثواب، والخلع. انظر: المصدر السابق في الموضع نفسه ٢/ ٣٠٤.

(٢) العناية ١٢/ ٣٠٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٣١، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٩٤.

الشروط الجائزة. فإعمال القاعدة مقيد بعدم وجود شرط يخرج العقد بموجبه عن مقتضى الإطلاق.

وهذه القاعدة لم نقف على خلاف فيها بين العلماء من حيث الجملة؛ لأنها مبنية على العدل والقسط الذي لا يتصور الخلاف فيه بين الفقهاء، بل وبين سائر الأمم والملل[١] .

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «التراضي هو المناط في المعاوضات الشرعية»[٢]، ووجه ذلك هو أن التراضي في عقود المعاوضات إنما يتحقق بالمعادلة والتساوي بين العاقدين في الحقوق والالتزامات، ولا تراضي فيها بدون تحقق المعادلة والمساواة بين الجانبين عادة، فلا يجوز ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة؛ لأنهما لا يرضيان بالتفاوت[٣].

٢- جميع أدلة مشروعية الخيارات أدلة لهذه القاعدة، كخيار العيب؛ لأن مبناه على ضرورة التساوي بين العاقدين، فحيث فاتت المساواة بوجود عيب قديم في أحد العوضين ثبت له خيار الفسخ[٤].

تطبيقات القاعدة :

١- لكل واحد من المتبايعين حبس ما بيده عند تعذر قبض ما في مقابلته فللمشتري حبس الثمن خوفًا من تعذر قبض المثمن؛ لأنه عقد

---

(١) انظر: مجموع القواعد ٣٠/٢٦٦ .

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٥٩، وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٦٥، مصادر الحق ٤/٢٠٦.

(٤) انظر: هذا المعنى في بدائع الصنائع ٥/٢٧٤.

معاوضة يقتضي حفظ العوض فلو تأخر تسليم المبيع المثمن لعذر أو غير عذر لم يلزم المشتري تعجيل الثمن وهكذا أيضًا للبائع حبس المبيع في يده خوفًا من تعذر قبض ثمنه(١)؛ لأن المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة بين العاقدين.

٢- إذا تلفت العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها لم يجب على المؤجر أداء الأجرة؛ لأن المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة(٢).

٣- لو عجز البائع عن تسليم المبيع وجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع، وكذلك عجز المشتري عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضًا؛ لأن البيع عقد معاوضة، ومبنى المعاوضات على المساواة(٣).

٤- لا يلزم تسليم بدل الإجارة حالا بمجرد انعقادها؛ لأنها من عقود المعاوضة، وأحد العوضين منفعة تحدث شيئًا فشيئًا، والآخر مال، ومقتضى المعاوضة المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل(٤).

٥- إذا كانت الأجرة مؤجلة لم تُطلَب إلا عند مَحِلِّ الأجل بلا نزاع بين الفقهاء؛ لأن استعجال الأجل مع تأخير استيفاء حق المستأجر من

---

(١) الحاوي ٣٠٧/٥. وانظر أيضًا: المحلى ٤٠٨/٨، شرح النيل ٣٧٧/٩، الموسوعة الفقهية ٧١/٣١.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٦٦/٣٠، الروضة البهية ٣٥٢/٤، شرائع الإسلام ١٤٤/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٩/٥، مجموع الفتاوى ٢٦٦/٣٠، شرائع الإسلام ٤٧/٢، البحر الزخار ١٥٦/٣.

(٤) شرح المجلة لسليم رستم باز ٢٦١.

هذا قول الحنفية، خلافًا للشافعية الذين يرون أن الأجرة تملك بنفس العقد، ويثبت الحكم فيها في الحال. انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٤.

المنفعة ظلم مخالف للعدل الذي هو مبنى المعاوضة[١].

٦- لا يجوز التأمين على الحياة؛ لأنه ينطوي على عملية القمار؛ لأن التعويض الذي يؤخذ من شركة التأمين حال الوفاة يكون أعظم كثيرًا من مجموع الأقساط المدفوعة، وعقود المعاوضات تقوم عادة على المساواة بين ما يؤخذ وما يعطى، فهذا التفاوت في العوضين يجعل التأمين على الحياة من قبيل القمار[٢].

٧- إذ استُحق المشترَى على المشتري وجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على الشراء؛ لأن البيع معاوضة، وتنبني المعاوضة على التساوي، والمساواة إنما تتحقق هنا برجوع المشتري على البائع[٣].

٨- من اشترى شيئًا بشرط الخيار، فإن المبيع يخرج عن ملك البائع باتفاق، ولكن لا يدخل في ملك المشتري عند الإمام أبي حنيفة؛ لأنه لو دخل في ملكه لاجتمع بدلان في ملك رجل واحد، ولا أصل له في الشرع؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة بين الطرفين[٤].

٩- من اشترى سلعة واشترط فيها صفة معينة، فلم يجدها فيها، ثبت له الخيار في فسخ العقد؛ لأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/١٥٥.

(٢) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٤/١٢٢. ويذكر أن هناك فئة من المعاصرين أجازوا ذلك. انظر: المرجع نفسه.

(٣) انظر: المحيط البرهاني ١٦/٦٠.

(٤) خلافًا للصاحبين، ومن وافقهما، الذين قالوا يدخل في ملك المشتري، " لأنه لما خرج عن ملك البائع لولم يدخل في ملك المشترى يكون زائلا لا إلى ملك مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة" فتح القدير ٦/٣٠٧، وانظر: اللباب للميداني ١/٨٥، ٨٦، بدائع الصنائع ٥/٢٦٥ البناية ٦/٢٦٨، ٢٦٩.

وحقيقة، وتحقيق المساواة إنما يكون في مقابلة البدل بالبدل والسلامة بالسلامة، فإذا فاتت المساواة بتخلف الصفة المقصودة ثبت الخيار[١].

١٠- من استأجر رجلا ليذهب إلى مكان معين فيأتي بأهله – وكان عددهم معينًا معروفًا- فذهب إلى المكان فوجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي منهم، فله الأجر بحسابه؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره[٢] بناءً على موجب هذه القاعدة.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤، القواعد الفقهية للبجنوردي ٣/٢٥٥.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٣٤، العناية ١٢/٣٥٥ .

رقم القاعدة: ١٠١٥

نص القاعدة: عَقْدُ الوَاحِدِ مَعَ اثْنَيْنِ كَعَقْدَيْنِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة[(٢)]:

١- الصفقة مع اثنين بمنزلة عقدين[(٣)].

٢- العقد مع اثنين كعقدين[(٤)].

٣- العقد مع اثنين بمنزلة عقدين[(٥)].

٤- عقد الواحد مع الاثنين في حكم عقدين[(٦)].

---

(١) مغني المحتاج للخطيب ٢/٣١٥، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٩٢، فتاوى السبكي ٢/١٨٩.

(٢) وردت صيغ أخرى للقاعدة غير التي أثبتت في المتن، مما يدل على اشتهارها عند الفقهاء وكثرة تداولهم لها، ومن هذه الصيغ:

- "عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين والصفقتين إذا انفردتا". فتاوى السبكي ٢/١٨٢.
- "كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد". القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب المغني للإدريسي ١/٣٧٥.
- "يجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين". شرح المجلة للأتاسي ٢/٢٩٤.

(٣) كشف القناع للبهوتي ٤/١٥.

(٤) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٦/٧٤.

(٥) المبدع لابن مفلح ٥/٢١٥.

(٦) البيان للعمراني ٧/١٤٢.

٥- العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقدين[١].

٦- عقد الواحد مع الاثنين عقدان[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- يجوز إيجار شيء واحد لشخصين وكل منهما لو أعطى من الأجرة مقدار ما ترتب على حصته لم يطالب بأجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلا له[٣]. (فرع).

٢- الأصل اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين[٤]. (تكامل).

شرح القاعدة:

العقد لغة: هو الشد والربط، يقال: عقد الحبل وغيره، والبيع والعهد يعقده: شده والعقد: الضمان والعهد[٥]

وفي اصطلاح الفقهاء هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[٦].

وكلمة عقد في نص القاعدة نكرة أضيفت إلى معرفة، وهي إضافة تفيد العموم فتشمل كل أنواع العقود من بيع أو إيجار أو سلم أو غير ذلك.

---

(١) الحاوي للماوردي ٨/٥٤٢.

(٢) المجموع للنووي ١٤/١٢٩، ٣٢٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ص ٨٣.

(٤) انظر: القواعد للمقري ٢/٥٣٧، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٢٨٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١/٢٧٢.

(٦) وقد اختلف الجمهور مع الحنفية في تقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد حيث فرق الحنفية بينهما ولم يفرق الجمهور.

ومعنى القاعدة أن العقد الذي يبرمه شخص واحد مع شخصين يتنزل منزلة عقدين اثنين في الحكم بمعنى أن له مع كل واحد عقدا، كالشخص الواحد يبيع سلعته لاثنين، فانه في حكم من عقد عقدين، فكأنه عقد مع كل منهما.

وعلى هذا الأساس يتعامل مع عقده معهما وينظر إلى الآثار الناتجة عن هذا العقد.

وبمثل هذا يتقرر حكم عقد الواحد مع أكثر من اثنين، فإذا كان العقد مع اثنين كعقدين فان العقد مع ثلاثة كثلاثة عقود[١]، والعقد مع أربعة كأربعة عقود وهكذا.

والذي يظهر أن القاعدة جارية على رأي جمهور الفقهاء في الجملة وإن وقع الخلاف في بعض فروعها، فالشافعية والحنابلة وقع الاستدلال بها صريحا في كتبهم[٢]. ولعل الخلاف فيها ناشئ عن اعتبارها من باب تعدد الصفقة أم لا؟ فمن اعتبرها تعددا للصفقة جوزها، ومنعها من جعلها من باب الصفقة الواحدة. يقول الجويني في الخلاف في رد أحد المشتريين ما ملك من المشترى من بائع واحد: «حقيقة القولين يؤول إلى التعدد والاتحاد، فإن حكمنا بأنهُ يجوز لكل واحد من المشتريين الانفرادُ بالرد، فهذا قضاءٌ منا بتعدّد الصفقة؛ نظرًا إلى جانب المشتري. وإن منعنا ذلكَ، كان حكمًا باتحاد الصفقة؛ اعتبارًا بجانب البائع»[٣]. وبيان ذلك ما جاء في الشرح الكبير مع بيان آراء الفقهاء في هذه المسألة: «ولو اشترى رجلان عبدا من واحد فقولان: (أصحهما) أن ينفرد بالرد

---

(١) البيان للعمراني ١٢/٨.

(٢) بل صرحا بأنه: "إذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجلان عينًا من رجلين فهو في حكم أربعة عقود"، المجموع شرح المهذب للنووي ١٨٧/١٢، وانظر: كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٥٠/٤.

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب للإمام أبي المعالي الجويني ٢٢١/٥.

لانه رد جميع ما ملك كما ملك وبهذا قال أحمد وكذا مالك في رواية؛ (والثانى) يحكى عن رواية أبى مور وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفراد؛ لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود إليه بعضه وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله»[١]. ثم قال بعد ذلك: «وقد بقي مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف (منها) إذا تعدد البائع كما لو اشترى واحد عينًا من رجلين فله رد نصف المبيع على أحد البائعين قاله القاضي حسين وغيره فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعًا. ووافقه أبو حنيفة - رحمه الله - فيه ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فيه وجهان:

أحدهما : نعم؛ للتعدد.

والثاني : لا؛ للضرورة. قال أبو حنيفة، رحمه الله، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما إذا تعدد المشتري قال القاضي حسين فمذهب أبي حنيفة في الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب»[٢].

والقاعدة جارية أيضًا على مذهب الظاهرية، يقول ابن حزم: «وأما بيع الشريكين أو الشركاء من واحد أو أكثر، أو ابتياع اثنين فصاعدًا من واحد أو أكثر فحلال»[٣] ومجال تطبيقها عقود المعاوضات.

أدلة القاعدة :

استدل القائلون بهذه القاعدة من جهة المعقول بما ذكره الماوردي قال: «...وأما الدليل على أنه في حكم العقدين: فهو أنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عاقدان فوجب أن يكون في حكم العقدين كالمشتري الواحد من بايعين»[٤].

---

(١) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٨/٣٦٧.
(٢) المجموع شرح المهذب ١٢/١٨٧.
(٣) المحلى لابن حزم ٧/٣٩٩.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٥٠.

وعبارة الجويني – في معرض الاستدلال لرأيي القائلين بجواز رد أحد المشتريين ما ملك من المشترى من بائع واحد، ومخالفيهم: «ومن قال بالقول الصحيح، فمعتمَدُه أن كلِ واحد إذا انفرد بالرد، فقد ردّ ما ملك كما ملك... ثم هذا القائل: لا يسلِّم أن الصفقةَ متحدة، بل يزعم أنها متعددة؛ من جهة تعدُّد المشتري»[١].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كانت دار بين شخصين فباع أحدهما نصيبه من رجلين بعقد واحد فالشافع بالخيار بين أن يأخذ ما حصل من المشترين وبين أن يأخذ ما حصل لأحدهما دون الآخر[٢]؛ «لأن الصفقة مع اثنين بائعين أو مشتريين بمنزلة عقدين»[٣].

٢- إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبًا لحصته منها، وان كانت مشاعًا، فإذا باع الغاصب والشريك الذي لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من رجل. قال الشافعي: يصح البيع في نصيب المالك قولا واحدا لان عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين[٤].

٣- إذا وهب شخص شيئًا لاثنين فقبل أحدهما نصفه وقبضه، ففيه وجهان: قطع القاضي وابن الصبغ بأحدهما - وهو الصحيح - أنه يصح[٥]؛ عملا بالقاعدة.

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب ٥/٢٢١.
(٢) انظر: البيان للعمراني ٨/١٢.
(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٤٢.
(٤) انظر: المجموع للنووي ١٤/٨٢.
(٥) انظر: فتاوى السبكي ٣/٣٧٦.

٤- إذا رهن شخص عينًا عند اثنين بدين فوفى أحدهما، انفك نصيبه من الرهن، وكذا لو رهن اثنان عينًا لهما عند واحد بدين له عليهما فوفى أحدهما ما عليه انفك الرهن في نصيبه[١]؛ عملا بالقاعدة.

٥- من «تكفل ببدن رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برئ من حقه ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه؛ لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد»[٢].

٦- «يجوز أن يدفع شخص مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد، فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين، جاز. وإن شرط لأحدهما ثلث الربح، وللآخر ربعه، وجعل الباقي له، جاز. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي؛ وقال مالك: لا يجوز؛ لأنهما شريكان في العمل بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان. ودليل القول بالجواز: أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر، كما لو انفرد[٣].

٧- إن قالت (الزوجة): طلقني وضرتي بألف، أو على ألف علينا. فطلقها وحدها، طلقت، وعليها قسطها من الألف؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحًا موجبًا للعوض دون الآخر»[٤].

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١١٣، ١١٤.
(٢) المجموع شرح المهذب ١٤/٥٣.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٦، وانظر: جواهر الكلام للنجفي ٢٧/٣٧٢.
(٤) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٥.

رقم القاعدة: ١٠١٦

نص القاعدة: العَقْدُ عَلَى المَنْفَعَة يَبْطُل بمَوْت أَحَد العَاقِدَيْن[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت[٢].

٢- كل عقد يقصد به المنفعة حال الحياة يجب ألا يبقى بعد موت من عقد له[٣].

٣- عقود المنافع تبطل بموت من وقع له[٤].

قواعد ذات علاقة:

- العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها[٥]. (عموم وخصوص وجهي.)

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤٣/١١.

(٢) التجريد للقدوري ٣٦٠١/٧.

(٣) التجريد للقدوري ٣٥٩٧/٧.

(٤) التجريد للقدوري ٣٦٠٢/٧.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٣٢٩/٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما لزم من العقود لا يبطل بالموت، وما لا يلزم من العقود يبطل بالموت".

شرح القاعدة:

تبيِّن هذه القاعدة واحدة من الطرق التي تنتهي بها العقود التي يكون موضوعها العقد على المنافع، فتقرَّر أن كل عقد من هذا القبيل فإنه ينتهي بمجرد موت أحد المتعاقدين اللّذَين وقع العقد بينهما، حتى لو كانت مدة العقد المتفق عليها لم تنته بعد.

والعقد على المنافع – كما يقول الزركشي رحمه الله - على ثلاثة أقسام: «منها ما هو بعوض وهو الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة والمزارعة، ومنها ما هو بغير عوض كالوقف والشركة والوديعة والعارية وحفظ اللقيط، ونوعان مترددان بين هذين القسمين وهما الوكالة والقيام على الأطفال؛ فإنه تارة يكون بعوض وتارة بغير عوض، ومنها المسابقة والمناضلة وهي قسم مفرد؛ إذ المراد تمليك منفعته»[1].

والحكم الذي تفيده هذه القاعدة هو ما ذهب إليه الحنفية إذ يرون انتهاء عقود المنافع بمجرد موت أي من المتعاقدين[2].

أما المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية فإنهم على وجه الإجمال يميزون بين نوعين من عقود المنافع[3]:

النوع الأول: عقود المنافع اللازمة وهي تلك العقود التي لا يملك أحد الطرفين الانفراد بفسخها وإبطالها والتحلل منها في الظروف العادية الطبيعية،

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٢٢٩.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٦١، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٤٤، بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٢٢.

(٣) انظر: الكافي لابن عبدالبر ١/٣٦٨، الحاوي للماوردي ٧/٤٠٠، المغني لابن قدامة ٥/٢٧٢، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١٧٤، شرائع الإسلام للحلي ٣/٦٦، شرح الأزهار لابن مفتاح ٦/١٥٥، شرح النيل لأطفيش ١٩/١٠٧.

كعقد الإجارة مثلا، فهذه لا تبطل بالموت وإنما تستمر إلى أن تنتهي مدتها المتفق عليها.

والنوع الثاني: عقود المنافع غير اللازمة، وهي العقود التي يمكن فسخها بإرادة أيٍّ من المتعاقدين كعقد الإعارة مثلا، فهذه تنتهي بموت أيٍّ من المتعاقدين. وقد قررت هذا المعنى القاعدة ذات الصلة: «العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها»[1]، قال الماوردي: «أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، كالبيع»[2].

ويُرجع الحنفية الحكم الذي تفيده القاعدة إلى طبيعة المنافع من حيث هي أعراض زائلة لا تبقى في زمانين؛ لأنها تتولد ساعة فساعة، بخلاف الأعيان التي من طبيعتها البقاء إلا إذا استهلكت أو هلكت. وهذا يعني أن المنفعة التي تولدت في يد المورِّث لن تبقى لتنتقل إلى يد الوارث؛ ففي الإجارة - مثلا - إذا مات المستأجر فإن المنفعة الموجودة في حياته لا تبقى لتنتقل إلى ورثته من بعده، والمنافع التي تحدث بعد الوفاة لم تكن مملوكةً للمورّث -أي المستأجر - ليخلفه الوارث فيها.

كذلك إذا توفي المؤجّر فإن العين تنتقل إلى ورثته من بعده، والمنفعة التي تتولد حينئذ ليست هي التي تم التعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر، وإنما هي منفعة جديدة حادثة لم يتم التعاقد عليها أصلا.

وقد بيّن الكاساني نظرة فقهاء الحنفية لطبيعة المنفعة في معرض بيانه لسبب انتهاء عقد الإجارة بالموت حيث قال: «الإجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة

---

(١) الحاوي للماوردي ٣٢٩/٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما لزم من العقود لا يبطل بالموت، وما لا يلزم من العقود يبطل بالموت".

(٢) الحاوي الكبير ٤٠١/٧.

على حسب حدوث المنافع شيئًا فشيئا، وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورِّث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث، إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته، بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأسًا؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث.

وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال، كأنها أعيان قائمة فأشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الإجارة»[١].

ويوافق الحنفية في انتهاء عقد الإجارة بالموت مجموعة من الفقهاء منهم: الشعبي وسفيان الثوري والليث بن سعد وابن حزم[٢].

أما الجمهور فإن الموت لا يؤثر عندهم على العقود اللازمة المختصة بالمنافع، ففي إجارة الأعيان يكون المستأجر قد ملك بالعقد منفعة العين المأجورة إلى نهاية المدة المتفق عليها بين المتعاقدين، فإذا مات انتقلت الملكية إلى ورثته من بعده، فلا ينفسخ موت العاقد ما دام المعقود عليه موجودًا[٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٢/٤.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ١٨٤/٨، والمغني لابن قدامة ٢٧٢/٥، والحاوي للماوردي ٤٠١/٧، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٤٣٥/٤.

(٣) انظر: الكافي لابن عبدالبر ٣٦٨/١، والحاوي للماوردي ٤٠٠/٧، والمغني لابن قدامة ٢٧٢/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ١٧٤/٢، وشرح الأزهار لابن مفتاح ١٥٥/٦، وشرح النيل لأطفيش ١٠٧/١٩، والروضة البهية للعاملي ١١٢/٣ و١٤٦، وشرائع الإسلام للحلي ٦٦/٣. وهذا الذي ذهب إليه الجمهور هو ما ذهبت إليه أكثر القوانين المدنية العربية إذ قررت "أن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت المؤجر ولا بموت المستأجر "انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد لعبدالرزاق السنهوري ٦/١ ، ٨٦٨.

كذلك إذا مات المؤجر فإن العقد لا ينتهي؛ لأن المستأجر قد ملك المنفعة إلى نهاية المدة المتفق عليها.أي أن المنافع كالأعيان تورث بالموت[١].

هذا، وقد بين الحنفية أن العاقد الذي يؤثر موته على العقود المختصة بالمنافع هو العاقد الذي وقع العقد له، أما الوكيل أو الوصي عمن وقع له العقد، فإن موته لا يؤثر على استمرار العقد؛ لأنه لم يقع العقد له، وإنما وقع للموكل أو للموصى له. قال السمرقندي: «ثم الإجارة تبطل بموت المستأجر أو المؤاجر عندنا خلافًا للشافعي، ونعني به موت من وقع له عقد الإجارة دون العاقد حتى إذا كان وكيلا لا تبطل»[٢].

على أنه يجدر التنبيه في هذا المقام إلى أن انتهاء العقود المختصة بالمنافع عند الحنفية مقيد عندهم بأن لا يترتب على ذلك ضرر بالغ بأي من المتعاقدين، وهذا ما وضحه الحنفية إذ بينوا أنه في الحالات التي يحصل فيها ضرر من جراء انتهاء العقد بالموت فإن العقد يستمر استحسانًا، ومن ذلك مثلا: «أن السفينة إذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة في القياس تبطل الإجارة فيها ولكن في الاستحسان لا تبطل؛ للحاجة إلى دفع الضرر..»[٣].

ومن ذلك أيضًا: أنّ المساقاة تبطل عندهم بموت ربّ الشّجر أو العامل، قبل بدء العمل أو في أثنائه؛ لأنّها في معنى الإجارة.

---

(١) هذا في إجارة الأعيان أما في إجارة الأشخاص فإنه يميز بين أن يكون ما التزم به الأجير مرتبطا بعينه وذاته، كما إذا قال له: استأجرتك أو اكتريتك لتعمل كذا أو لكذا أو لعمل كذا. فهذا ينتهي بالموت باعتبار أن المعقود عليه قد انعدم، وبين أن يكون ما التزم به مرتبطا بذمة الأجير، كما إذا استأجره لأداء عمل معين يلزم ذمته، مثل أن يلزمه حمل كذا إلى مكان كذا أو خياطة كذا دون أن يشترط عليه مباشرته بنفسه، وذلك ما يسمى في الاصطلاح الفقهي بإجارة الذمة، فإنه لا يسقط بالموت، وانظر: "إن كان له تركة استؤجر منها من يقوم بإكمال وتوفية التزامه، لأنه دين عليه، وإن لم يكن له تركة ولم يرغب ورثته في إتمام ذلك العمل الموصوف في ذمته ليستحقوا الأجر، فإنه يثبت ما للمستأجر حق الفسخ لموت الملتزم مفلسًا". انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٩/٢٩٦.

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٦١.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥/١٥٤.

غير أنه إذا قام العامل برعاية وسقاية الشّجر، ولقّحه حتّى صار بسراً أخضر، ثمّ مات صاحب الشّجر، فإنّ المساقاة تنتقض بينهما في القياس، ولكن للعامل - استحسانًا - أن يقوم برعاية الشّجر حتّى يدرك الثّمر حتى لو كره ذلك ورثة ربّ الشّجر؛ لأنّ في انفساخ العقد بموت ربّ الشّجر إضرارًا بالعامل وإبطالا لما كان مستحقًا له بالعقد، وهو ترك الثّمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، وإذا انتقض العقد فإنّه يكلّف الجذاذ قبل الإدراك، وفي ذلك ضرر بالغٌ عليه، ولهذا لا تبطل المساقاة بموت ربّ الشّجر في الاستحسان[1].

أدلة القاعدة :

الدليل الذي تستند عليه هذه القاعدة هو دليل عقلي يتمثل في أن المنافع المعقود عليها لا تبقى بعد وفاة أيٍّ المتعاقدين؛ لأن المنافع بطبعها لا تبقى زمانين وإنما تتولد ساعة فساعة، فإذا مات أي من المتعاقدين اللذين وقع العقد لهما، فمقتضى ذلك أن المعقود عليه لم يعد موجودا، وإذا فات المعقود عليه فإن العقد يبطل، قال الزيلعي: «وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين إن عقدها لنفسه. وقال الشافعي: لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأن المنافع عنده كالأعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها، ولنا:-أي للحنفية - أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه، وقد فات بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه لأن رقبة العين تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقداً ولا راضيًا به، وإذا مات المستأجر فلو بقي العقد إنما يبقى على أن يخلفه وارثه، والمنفعة المجردة لا تورث»[2].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/٥٣، ودرر الحكام لعلي حيدر ٣/٥١٥.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٤٤، ١٤٥.

تطبيقات القاعدة:

١- تنفسخ الوكالة بموت أحد العاقدين بلا خلاف بين أهل العلم[(١)].

٢- إذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية: أما إذا مات المعير؛ فلأن العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، وإنما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما إذا مات المستعير؛ فلأن المنفعة لا تورث»[(٢)].

٣- يبطل عقد المزارعة بموت رب الأرض أو المزارع؛ لأنه عقد على عمل المزارع في الأرض، مقابل بعض الخارج منها، ففيه معنى العقد على المنافع، وعقود المنافع تبطل بموت أحد المتعاقدين[(٣)].

٤- عقد المساقاة يبطل عند الحنفية بموت ربّ الشّجر أو العامل، قبل بدء العمل أو في أثنائه، لأنّ فيها معنى الإجارة، والعقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت[(٤)].

٥- إذا مات الموصى له بالمنفعة قبل انقضاء مدة الانتفاع، فعند الحنفية يسقط ما تبقّى من مدّة المنفعة بعد موت الموصى له بها، ولا يورث

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢٤٢/٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤٣/١١، وحاشية ابن عابدين ٤١٦/٨.

(٣) هذا هو القياس عند الحنفية بناء على أصل القاعدة، وفي الاستحسان إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع فإنه يبقى حتى يحصد الزرع، ثم يبطل في الباقي؛ لأن في ابقائه هذه المدة مراعاة الحقين فيعمل العامل أو وارثه على حاله، فإذا حصد يقسم على ما شرطاه ولا ضرورة في الباقي.انظر:تبيين الحقائق للزيلعي ٢٨٢/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ١٨٥/٦.

(٤) مع مراعاة ما تمت الإشارة إليه في الشرح من أنه إذا قام العامل برعاية وسقاية الشّجر، ولقّحه حتّى صار بسرًا أخضر، ثمّ مات صاحب الشّجر، فإنّ للعامل - استحسانًا - أن يقوم برعاية الشّجر حتّى يدرك الثّمر، لأنّ في انفساخ العقد بموت ربّ الشّجر إضرارًا بالعامل وإبطالا لما كان مستحقًا له بالعقد. المبسوط للسرخسي ٥٣/٢٣، ودرر الحكام لعلي حيدر ٥١٥/٣.

ذلك عنه، وتعود العين إلى ورثة الموصي بحكم الملك[١].

٦- ذهبت الشافعية إلى أن الجعالة تنفسخ بموت أحد العاقدين؛ فإن مات المالك بعد الشروع في العمل فردَّه إلى ورثته وجب قسط ما عمله في الحياة من المسمى، وإن مات العامل فردّه وارثه استحق القسط[٢].

٧- لا خلاف بين الفقهاء في انفساخ عقد المضاربة وبطلان الالتزامات المترتبة عليه بموت المضارب أو رب المال إذا كان مال المضاربة ناضًّا (أي من جنس رأس مالها)، أما إذا كان المال عروضًا تجارية، فقد ذهب الجمهور خلافًا للمالكية إلى أن المضاربة تنفسخ أيضًا[٣].

د. عبد الرحمن الكيلاني

* * *

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٥٣.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٤٤.

(٣) انظر: المسألة وتفصيلها في الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٩/٣٠٩.

رقم القاعدة: ١٠١٧

نص القاعدة: مَا لَزِمَ من العُقُودِ لا يَبْطُلُ بالمَوْتِ، ومَا لا يَلْزَمُ من العُقُودِ يَبْطُلُ بالمَوْتِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها[٢].

٢- يَبطل بالموت الجائزُ من العقود دون اللازم[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- العقود الجائزة تبطل بالموت[٤]. (متفرعة).

٢- العقد اللازم لا ينفسخ بموت العاقد[٥]. (متفرعة).

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٨/ ١٧٢.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٢٩، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٨٩.

(٣) المجموع للنووي ٩/١٨٩.

(٤) المغني لابن قدامة ٦٢/٧، كشاف القناع للبهوتي ٤٠/٥. ووردت بلفظ: "العقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين" في الفروع لابن مفلح ٤/٤٦٧، وبلفظ: "ما كان غير لازم من العقود يبطل بالموت" في الحاوي الكبير للماوردي ١٠/٢٧٥، وبلفظ: "العقد الذي ليس بلازم يبطل بالموت" في المجموع للنووي ٩/٢٩٩، وبلفظ: "العقود غير اللازمة تبطل بالموت" في الحاوي الكبير ٦/٢٦، وبلفظ: "ما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت" في تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٤٣٤.

(٥) البناية للعيني ٩/٤١٦. ووردت بلفظ: "العقود اللازمة لا تبطل بالموت" في الحاوي الكبير للماوردي=

٣- العقد على المنفعة يبطل بموت أحد العاقدين[١]. (عموم وخصوص وجهي مع أحد شقي القاعدة).

٤- الحق لا يبطل بموت من عليه[٢]. (أعم من الشطر الأول من القاعدة).

٥- الخيار لا ينقطع بالموت[٣]. (أخص).

٦- الصلات تبطل بالموت قبل القبض[٤]. (أخص).

٧- البيع لا يبطل بالموت[٥]. (أخص).

٨- الإجارة لا تبطل بالموت[٦]. (اخص).

٩- الوكالة تبطل بالموت[٧]. (أخص).

١٠- العارية تبطل بالموت[٨]. (أخص)

= ٧/١٩١، وبلفظ: "ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين" في الحاوي الكبير ٩/٤٠١، وبلفظ: "ما كان لازما من العقود استوى حكمه في الحياة وبعد الموت" في تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٤٣٢، وبلفظ: "العقد اللازم لا ينفسخ بالموت" في مغني المحتاج للشربيني ٣/٤٨٥.

(١) المبسوط للسرخسي ١١/١٤٣.

(٢) اللباب في شرح الكتاب للميداني ٢/١١٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٥٧.

(٤) العناية للبابرتي ٦/٢١٩، شرح فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٩٦، حاشية ابن عابدين ٣/٥٩٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مغيث الحكام لعبد الله السينوي ١/٢٤/ب.

(٦) الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ١/١٢٤، ووردت بالصيغة المخالفة لها: "الإجارة تبطل بالموت " في البحر الرائق لابن نجيم ٥/١٩٩، تكملة رد المحتار ١/٣١١.

(٧) العناية ٨/٣١١، الجوهرة النيرة للحدادي ٣/١٢٨، الحاوي الكبير ٦/١٣٣، وانظر: المحلى لابن حزم ٧/٩٤. وبلفظ آخر: "الوكالة المفردة تبطل بالموت": تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٨١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤/٢٩١.

(٨) تقويم النظر لأبي شجاع الدهان ٣/١٤٨، نشر: مكتبة الرشد ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

شرح القاعدة:

العقد بمعناه الخاص[١]: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر على وجه يظهر أثره في المحل[٢]، واللازم من العقود هو ما لا يمكن للغير إبطاله، أو هو مالا يقبل الفسخ إلا برضا طرفيه، والجائز عكسه[٣] وبطلان العقد: هو حَلّ ارتباطه أو رفعه ونقضه[٤].

والأصل في العقود أن توصف باللزوم؛ ضمانًا للثقة واستقرارًا للمعاملات وحماية للحقوق الشرعية الثابتة بمقتضى العقد، وهذا الأصل ليس مطَّردًا في جميع العقود، فمنها ما يناسبه اللزوم وهو الأكثر، ومنها ما يناسبه الجواز وهو الأقل؛ لعدم حصول ضرر لوصفه بالجواز[٥].

وللفقهاء عدة مناهج في تقسيم العقود باعتبار اللزوم والجواز بحسب التوسع في التقسيم وتضييقه، لا يتسع المجال هنا لبسطه[٦] والحاصل أنها تنقسم إلى قسمين:

---

(١) أمَّا المعنى العام للعقد فهو: "كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرفين أو بكلام طرف واحد". ضوابط العقد في الفقه الإسلامي لعدنان خالد التركماني ص ٢٤، نشر: مكتبة دار المطبوعات الحديثة، الطبعة الثانية، لعام ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.

(٢) العناية للبابرتي ٣٦٩/٨.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣٠٤/٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٦/١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨.

(٥) انظر: أحكام لزوم العقد لعبد الرحمن بن عثمان الجلعود ص٥، نشر: دار كنوز أشبيليا بالمملكة العربية السعودية عام ١٤٢٨هـ.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٧/٥، الذخيرة للقرافي ٥١/٨، بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٦٨/٤، التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب ٤٤٦/٢ نشر: المكتبة التجارية بمكة المكرمة طبعة ١٤١٥هـ، الحاوي الكبير ٩/٦، المجموع ١٦٦/٩، روضة الطالبين للنووي ٤٣٣/٣، المغني لابن قدامة ١٥/٥، ٣٨، ٢٣٣، ٢٣٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٠٣/٣.

١ـ **عقود لازمة**: وهي نوعان بالنظر إلى العاقد: ما يلزم من الطرفين كالبيع حيث لا يستقل البائع أو المشتري بنقضه، وما يلزم من طرف واحد كالضمان والرهن والكفالة حيث يستقل المضمون له والدائن بنقض هذه العقود دون الضامن والمدين.

٢ـ **عقود جائزة**: وهي نوعان باعتبار المآل: منها ما يؤول إلى اللزوم كالجعالة والقرض والهبة والمضاربة والقسمة والتحكيم، ومنها ما لا يؤول كالوكالة والوديعة والعارية(١).

ويجدر التنبيه إلى أن العقد الجائز قد تقتضي الضرورة والمصلحة انقلابه لازما، وهذا ما عبر عنه الزركشي بقوله: «العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع وصارت لازمة، ولهذا قال النووي: للوصي عزل نفسه إلا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه تلف المال»(٢).

والقاعدة التي بين أيدينا تتعرض لأثر الموت على العقود من حيث بطلانها بموت أحد العاقدين أو استمرار العقدة دون أن يكون للموت تأثير عليها؛ فتقرر أن العقود التي تثبت لها صفة الجواز فيما يتعلق بتنفيذ ما نشأ عنها من حقوق والتزامات تبطل بموت مَن خوطب بها، بخلاف العقود التي تثبت لها صفة اللزوم فإنها لا تبطل بالموت، وإنما يحل محلَّ العاقد ورثتُهُ في متابعة تنفيذها.

ويجدر التنبيه إلى أن العقود الواردة على الأعيان كالبيع تكون لازمة وبالتالي لا ترتفع بالموت، وأن العقود الواردة منها على المنافع كالعارية تكون

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٦/١، أحكام لزوم العقد لعبد الرحمن بن عثمان الجلعود ص ٣٣.

(٢) المنثور للزركشي ٤٠١/٢.

جائزة باعتبار الغالب وبالتالي ترتفع بالموت، كما نصت على ذلك قاعدة: «العقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت»، غير أن هذا ليس مطَّردًا؛ فقد يكون الوارد على المنافع لازمًا كالإجارة عند أكثر العلماء، ومن هذا المثال يتبين أن هناك خلافًا بين الفقهاء في بعض العقود هل هي من قبيل العقود اللازمة فلا تبطل بالموت تبعًا لذلك أم أنها من العقود الجائزة فيبطلها الموت؟

وهذه القاعدة وما تفرع عنها ليست مطردة في كل فرع على مستوى المذاهب الفقهية المختلفة بل على مستوى المذهب الواحد، فليس كل ما هو جائز من العقود يبطل بالموت، وليس كل ما هو لازم من العقود لا يبطل بالموت، فقد تتدخل قواعد أخرى كالضرورة والمصلحة ودفع الضرر وغيرها لمنع اطراد القاعدة، كالإجارة لا تنفسخ بالموت عند جمهور الفقهاء بل تبقى إلى انقضاء المدة المحددة لها؛ لأنها عقد لازم ويخلف المستأجرَ ورثتُه في استيفاء المنفعة، ما لم تكن مرتبطة بذات الأجير فإنها تنفسخ بالموت، وقال الحنفية إن الإجارة تنفسخ بموت أحد العاقدين إن عقدها لنفسه؛ لأنها عقد على المنفعة، والمنفعة توجد شيئًا فشيئًا، إلا إذا كان يترتب على انقضائها ضرر، كالأرض المستأجرة للزراعة إذا حدث موت العاقد قبل النضج، فإن العقد لا ينتهي بالموت منعا للضرر[١]، وكالرهن لا ينفسخ عند الحنفية بوفاة الراهن أو المرتهن أو الاثنين معا[٢]، وكشركة الملك لا تنفسخ بوفاة أحد الشريكين بل تبقى شركة بين الشريك الحي وبين ورثة الشريك الميت[٣]، وكالمساقاة تنفسخ عند الحنفية بموت أحد العاقدين، ولا تنفسخ بالموت عند المالكية كالكراء لا

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٨٣، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد٢/٢٢٩، حاشية الدسوقي٤/٢٧، نهاية المحتاج للرملي ٥/٣١٣، المغني لابن قدامة ٨/٤٣.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٢/١٦٢.
(٣) درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٨.

ينفسخ بموت المتكاريين، وعند الشافعية لا تنفسخ بموت مالك الشجر وإنما تنفسخ بموت العامل قبل الشروع في العمل لا بعده، وعند الحنابلة تنفسخ في ظاهر المذهب[١]، ومذهب الحنفية أن العقد على المنفعة يبطل بموت أحد العاقدين، سواء أكان العقد لازمًا أم جائزًا، والجمهور يفرقون بين ما كان لازمًا وبين ما كان جائزًا؛ تبعًا لما قررته القاعدة التي بين أيدينا[٢].

وأثر القاعدة يبدو واضحًا منتشرًا في أبواب شتى كالبيوع والإجارات والمضاربات والمشاركات والوكالات والضمانات والصلات وما يتصل بها؛ ولذا فهي من القواعد المتسعة المجال، وهذا الاتساع وتلك الأهمية للقاعدة يدل عليه كثرة القواعد والضوابط الفقهية المتفرعة عن القاعدة على نحو ما هو مثبت في القواعد ذات العلاقة.

أدلة القاعدة:

- يستند عدم بطلان العقد اللازم بموت أحد العاقدين إلى طبيعته التي توجب على العاقد الوفاء بموجَباته، فإذا مات وانتقل الحق إلى الورثة لم يكن لهم نقض ما وجب على العاقد الميت الوفاء به وقد عقده عقدًا صحيحًا حال حياته، وأما العقد غير اللازم فإن الورثة ليسوا ملزمين فيه بشيء إذ هم تبع للعاقد الميت وهو لم يكن ملزما بشيء، فانحلت العقدة بموت الميت، ليصير الحق كاملا للورثة، فبطل بالموت.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥٦/٢٣، بدائع الصنائع ١٨٤/٦، الشرح الكبير لأحمد الدردير٣/٢٨٣، روضة الطالبين ١٦٢/٥، مغني المحتاج للشربيني ٣٣١/٢، كشاف القناع للبهوتي ٥٣٨/٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤٣/١١، الكافي لابن عبد البر ٣٦٨/١، الحاوي للماوردي ٤٠٠/٧، المغني لابن قدامة ٢٧٢/٥.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات على شطر القاعدة الأول (ما لزم من العقود لا يبطل بالموت) :

١- إذا باع شخص من آخر شيئًا ثم مات الطرفان أو أحدهما لم يبطل عقد البيع، وقام ورثة الميت مقامه فيما أنشأه عقد البيع من آثار في حقه؛ لأن البيع من العقود اللازمة، والعقود اللازمة لا تسقط بالموت[١]، ومثل هذا لو أسلَم لآخر في سلعة إلى أجل معين ثم مات أحدهما – لم يبطل عقد السلم؛ لأنه من العقود اللازمة[٢].

٢- لا تبطل الحوالة بموت المحال عليه - وهو الذي أحيل الدائن عليه - لأن الحوالة في حق المحال عليه لازمة له[٣]، وما يلزم من العقود لا ينفسخ بالموت.

٣- إذا مات الراهن لم يبطل الرهن؛ لأنه عقد لازم في حقه، والعقد اللازم لا ينفسخ بموت العاقد[٤].

٤- إذا انقضت الدعوى بالصلح بين المدعي والمدعى عليه، لم يبطل

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٧٦/٨، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦٣٦/١٠.

(٢) انظر: المجموع ٢١٣/٩، ٢١٤.

(٣) انظر: البحر الرائق ٢٧٤/٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٤٣/٤، مغني المحتاج ١٩٣/٣، نهاية المحتاج ٤٢٦/٤.

(٤) وخالف في ذلك ابن حزم فقال: إن مات الراهن أو المرتهن بطل الرهن ووجب رد الرهن إلى الراهن أو إلى ورثته، وحل الدين المؤجل. تنظر المسألة بالتفصيل في: البحر الرائق ٢٧١/٨، درر الحكام للملا خسرو ١٢٧/٢، التاج والإكليل للمواق ٥٥٣/٦، الحاوي الكبير للماوردي ١٩١/٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٣٦/٢، المحلى لابن حزم ٣٨٠/٦، البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي١٢٢/٥، التاج المذهب للعنسي ٢٤١/٣، الروضة البهية للعاملي ٥٨/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١١/١١.

الصلح بالموت[١]؛ لأن الصلح عقد لازم، وما لزم من العقود لا يسقط بالموت.

٥- إن عقد الإمام هدنة على مدة معلومة وجب الوفاء بها، وإن مات الإمام وولي غيره لزمه أمضاء الهدنة؛ لأنها عقد لازم، فلم يجز نقضه بموت عاقده[٢].

ثانيًا: تطبيقات على شطر القاعدة الثاني (ما لا يلزم من العقود يبطل بالموت):

١- إذا مات الموكل أو الوكيل بطل عقد الوكالة؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة[٣] والعقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين.

٢- إذا أودع شخص شيئًا عند آخر، ثم مات أحدهما، انفسخ عقد الوديعة؛ لأنه من العقود غير اللازمة، وما لا يلزم من العقود يبطل بالموت[٤].

٣- إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل قبض الهبة انفسخ عقد الهبة؛ لأن الهبة قبل القبض من العقود الجائزة في حق الطرفين[٥] والعقود الجائزة تنفسخ بالموت.

٤- إذا مات العامل أو رب المال في عقد المضاربة فإنه يبطل؛ لأن المضاربة من العقود الجائزة[٦] والعقود الجائزة تبطل بالموت.

---

(١) انظر: رمز الحقائق للعيني ٢/١٢٧.
(٢) انظر: الإعلام لأحمد أبي الوفا ١/٢٦٥.
(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/٨١، البحر الرائق ٥/١٩٩، مجمع الأنهر ٤/٢٩١.
(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣٦٨، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٢٩، الروضة البهية ٤/٢٣٥.
(٥) العناية للبابرتي ٦/٢١٦.
(٦) انظر: الاختيار لتعليل المختارللموصلي ٣/٢٥، المغني ٥/١٥.

٥- إذا مات المعير أو المستعير انفسخ عقد العارية؛ لأن العارية من العقود غير اللازمة، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت[١].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: المجموع ٢١٣/٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٣٢/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٣/٣، تقويم النظر لأبي شجاع الدهان ١٤٨/٣، البحر الزخار لابن المرتضى ١٢٨/٥، التاج المذهب للعنسي ٢٥٩/٣.

رقم القاعدة: ١٠١٨

نص القاعدة: الْعُقُودُ الجَائِزَةُ إِذَا اقْتَضَى فَسْخُهَا ضَرَرًا عَلَى الآخَرِ امْتَنَعَ وَصَارَتَ لازِمَةً[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا تضمَّن الفسخ ضررًا على أحد الطرفين فإن العقود الجائزة تنقلب لازمة[٢].

٢- التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد -لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها[٤]. (أصل مستثنى منه).

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٤٠١، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٧٦، حاشية الجمل ٣/٤١٨.

(٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ٩/٣٥٤.

(٣) القواعد لابن رجب ص ١٠ (قاعدة رقم ٦٠)، مجلة الأحكام للقاري ص٨٧.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٨/١٧٠. وبلفظ آخر: "العقود الجائزة يجوز أن ينفرد بفسخها أحد المتعاقدين" الحاوي الكبير ٨/٥١٢.

٢- لا ضرر ولا ضرار[١]. (أعم وأشمل).

٣- تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره[٢]. (أعم).

٤- الضرر عذر في فسخ العقد اللازم[٣]. (مقابلة).

شرح القاعدة:

العقد الجائز: هو ما يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين دون التوقف على رضا الطرف الآخر. وضده يسمى بالعقد اللازم[٤]، والفسخ أو التفاسخ: هو رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن[٥]، والضرر: هو الأذى في النفس أو المال[٦].

وهذه القاعدة معقودة لبيان وجوب انقلاب العقود الجائزة لازمة في مراحل تنفيذها لدفع الضرر؛ إذ تقرر أن رفع العقد الجائز وإزالة آثاره في أي مرحلة من مراحل تنفيذه من جهة مَن له حق الفسخ إذا كان سيلحق ضررًا بالطرف الآخر أو مَن له تعلق بذلك العقد يكون ممنوعًا دفعًا للضرر، ما لم يلتزم الطرف المطالب بالفسخ بضمان كافة الأضرار الناتجة عن ذلك[٧].

---

(١) حديث رواه ابن ماجه في سننه ٧٨٤١/٢ رقم ٢٣٤١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) العناية للبابرتي مع فتح القدير لابن الهمام ٥٠٨/٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٦/٢٥/٢٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: أحكام لزوم العقد لعبد الرحمن بن عثمان الجلعود ص ١٧، نشر: كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢٨٢/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨.

(٦) معجم لغة الفقهاء للقلعجي ص ٢٨٣.

(٧) انظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ٣٥٤/٩، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ص ٣٤١.

وبهذا يتبين أن القاعدة تعد استثناء من الأصل المقرر شرعا في العقود الجائزة، وهو قابليتها للفسخ[١]، كما نصت على ذلك قاعدة: «العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها»[٢]، لكن هذا الاستثناء مقيد في إعماله بشرط أن لا يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، أما إذا أمكن ذلك، كالتزام الطرف المطالب بالفسخ بتحمل كافة النتائج المترتبة على الفسخ، فلا معنى آنذاك لأيلولة العقد الجائز إلى اللزوم[٣].

والقاعدة إحدى القواعد التي ترتكز على أصل عام في الشريعة وهو: «لا ضرر ولا ضرار » في تنفيذ العقود على الوجه الذي يحقق النفع للمتعاقدين ويضمن التوازن بين مصالحهم، وتقليل المضار ما أمكن[٤]، فإذا كانت هذه القاعدة تضفي على العقد الجائز صفة اللزوم لمنع الضرر عن شخص هو طرف في العقد أو له تعلق به، فالأساس نفسه يعد مسوغًا لجواز فسخ العقد اللازم، وهذا ما تفيده القاعدة الأخرى: «الضرر عذر في فسخ العقد اللازم»[٥].

وهذه القاعدة معمول بمقتضاها لدى عامة الفقهاء[٦]، وإن كان بينهم اختلاف في اندراج بعض المسائل تحتها بناء على عقد بعينه هل هو عقد جائز أم لازم، وما ورد من تطبيقات موافقة للقاعدة فهي على رأي من اعتبر العقود

---

(١) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٤٢، الحاوي الكبير للماوردي ٨/٥١٢.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٨/١٧٠.

(٣) انظر: مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص٨٧، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي لأسمادي محمد نعيم ص ١٣٢، نشر: دار النفائس ١٤٢٦هـ/٢٠٠٦م.

(٤) انظر: لا ضرر ولا ضرار لمحمد باقر الصدر ص ٣٢٢- ٣٢٧، نشر: دار الفراقد الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

(٥) المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٥، ٢٦.

(٦) لكن يبدو أن أهل الظاهر يخالفون في ذلك، إذ يقول ابن حزم في موضع من المحلى: " فإن قيل: إن في ذلك (يعني في عزل الوكيل) ضررًا على الخصم؟ قلنا: لا ضرر عليه في ذلك أصلا، بل الضرر كله هو المنع من تصرف المرء في طلب حقوقه ". المحلى ٧/٩٤.

المتعلقة بها من العقود الجائزة، ومجالها يشمل العقود الجائزة، كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والجعالة ونحوها.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[١] وأدلتها.

٢- قاعدة: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»[٢] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

١ـ لا يجوز عزل المضارب المستثمر للمال إذا شرع في العمل وبلغ فيه مرحلة بحيث يضره الرجوع ويلحق به خسائر مادية فاحشة، إلا أن يلتزم صاحب المال بتعويضه عما قد يصيبه بسبب الفسخ[٣]؛ لأن المضاربة وإن كانت من العقود الجائزة، إلا أن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنع وصارت لازمة.

٢ـ إذا اشترك شخصان في متجر، فلا يجوز فسخ هذه الشركة في وقت يضر بأحد الشريكين أو بآخر له علاقة بهذه الشركة، إلا أن يعوض

---

(١) هي لفظ حديث رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة. انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي لمحمد سراج ص ٢٥٤، نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي لأحمد علي أحمد موافي ص ٤٤٨، نشر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع ط١، لسنة ١٩٩٧م.

الطرف المتضرر بقدر ما أصابه[1]؛ لأن الشركة وإن كانت من العقود الجائزة، غير أن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة.

٣ـ لو زارع شخص آخر على أرضه، ثم أراد أحد العاقدين أن يستقل بفسخ العقد لا يجوز له ذلك ـ عند من يرى أن المزارعة من العقود الجائزة ـ إن كان الفسخ في وقت يلحق الضرر بالطرف الآخر[2] كتفويت المنفعة بالأرض في حق المالك موسمًا زراعيًّا، أو كتفويت حظ العمل في حق العامل موسمًا عمليًّا، إلا أن يعوض الطرف المنسحب الطرف المضرور بقدر ما يصيبه من جراء الفسخ لأن التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز.

٤ـ للوصي عزل نفسه إلا أن يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم عليه أو فساده؛ لأن الوصاية من باب العقود الجائزة، والعقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنع وصارت لازمة[3].

٥ـ يجوز للجاعل فسخ الجعالة مالم يكن في ذلك إضرار بمن بدأ العمل وقطع فيه مرحلة، إلا أن يُعوض من قبل الجاعل؛ لأن الجعالة من العقود الجائزة[4]، والتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا

---

(١) انظر معناه في: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٤٦٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣٨٩.

(٢) انظر معناه في: مواهب الجليل للحطاب ٥/١٢٢، المغني لابن قدامة ٥/٢٣٣.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٢/٤٠١، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/١٨١، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤/٥٢.

(٤) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي لمحمد سراج ص ٢٥٤.

على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز.

٦- عزل الوكيل جائز من قبل الموكل إلا إذا تضمن العزل ضررا بالوكيل أو بغيره ممن له تعلق بالعقد، فإنه يكون ممتنعًا ما لم يتحمل الموكل ما أصاب الوكيل من ضرر(١)؛ لأن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع وصارت لازمة إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز.

٧- لا يجوز لدولة عضو في معاهدة دولية الانسحاب منها إذا ترتب على ذلك إضرار بدولة أخرى أو بقية الدول الأعضاء في المعاهدة أو دولة أخرى لها تعلق بالمعاهدة، مالم تقدم الدولة مريدة الانسحاب الضمانات الكافية لتحمل المضار التي قد تترتب على ذلك الانسحاب؛ لأن المعاهدات الدولية من باب العقود الجائزة(٢)، والتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز.

د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري

* * *

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/١٧٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٨٠، المهذب للشيرازي ١/٣٥٦، المغني لابن قدامة ٧/٢٣٤.

(٢) انظر: الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام لأحمد أبي الوفا ٨/٢٦١ الناشر: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى لسنة ٢٠٠١م.

رقم القاعدة: ١٠١٩

نص القاعدة: مَا لَزِمَ مِنْ عُقُودِ المَنَافِعِ لَمْ يصحَّ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ[(١)].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل في العقود اللزوم[(٢)]. (أصل).

٢- ما أفضى إلى إبطال المعقود بالعقد كان ممنوعًا منه في العقد[(٣)]. (أصل).

٣- كل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه[(٤)]. (بيان).

٤- ما كان فسخًا حقيقة يقتضي رد العوض[(٥)]. (بيان).

٥- اشتراط الخيار على خلاف الأصل فاختص بالمحدود[(٦)]. (شارح).

٦- الإجارة بيع منافع فحكمها كالبيع[(٧)]. (شارح).

---

(١) الحاوي للماوردي ٧/٣٩٤، تكملة المجموع للمطيعي١٥/٤٣.
(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) الحاوي للماوردي ١٥/١٨٤.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٨.
(٥) المنثور للزركشي ٣/٥١، وانظر: جواهر الكلام للنجفي ٢٨/٦٧.
(٦) حاشية الجمل ٣/١١٤.
(٧) شرح الخرشي على مختصر خليل ١/٩.

شرح القاعدة:

الشطر الأول من القاعدة (ما لزم من عقود المنافع) أخرج العقود الجائزة والعقود على الأعيان.

والعقود اللازمة هي: ما ليس لأحد المتعاقدين فسخها بعد العقد دون الآخر ما لم يتراضيا عليه[١].

وعقود المنافع: ما كان القصد منها استيفاء المنافع دون الأعيان؛ لأن المعاوضات أربعة أنواع:

١- معاوضة مال بمال كالبيع.

٢- بذل مال بنفع كالجعالة.

٣- بذل منفعة بمال كالإجارة.

٤- بذل نفع بنفع كالمشاركات من المضاربة ونحوها؛ فإن هذا بذل نفع بدنه وهذا بذل نفع ماله[٢].

وتشمل عقود المنافع الإجارة والمضاربة والمساقاة والجعالة والنكاح وغير ذلك؛ وفي هذا المعنى يقول القرافي: «التصرف في الحقوق والأملاك ينقسم إلى قسمين:

الأول النقل: وهو تصرف يفتقر إلى القبول وينقسم إلى ما هو بعوض في الأعيان كالبيع والقرض. وإلى ما هو بعوض في المنافع كالإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة وإلى ما هو بغير عوض كالهدايا والوصايا والوقف والهبات...»[٣].

---

(١) انظر: بلغة السالك للصاوي ٤٥٥/٣، وقال الماوردي بأن العقد اللازم ليس لواحد من المتعاقدين فسخه بعد تمامه إلا عن تراضٍ منهما. انظر: الحاوي ١٥/١٨٣.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٨٩/٢٩.

(٣) الفروق للقرافي ٢٠١/٢، ٢٠٢، وانظر: الحاوي للماوردي ٥١١/٦، القوانين الفقهية لابن جزي ١٨٢/١، المهذب للشيرازي ٣٩٢/١، المغني لابن قدامة ٢٣٤/٥.

واشتراط الخيار أو خيار الشرط[١]: هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما الخيار بأن يكون له الحق في قبول العقد ورده[٢]، فإضافة (خيار) إلى (الشرط) من إضافة السبب إلى المسبِّب؛ لأن سبب هذا الخيار هو الشرط، وهو أن يكون صاحب الخيار - أي الذي اشترط له الخيار في أصل العقد - مخيَّرًا في قبول العقد وردِّه، ويمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد الصلة مع أن حكم البيع أخراج المبيع من ملك البائع وإدخاله في ملك المشتري والخيار يمنع ذلك[٣]. ويطلق عليه أيضًا خيار التروِّي[٤] وخيار التشهِّي[٥]. و«الخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه»[٦].

ومعنى القاعدة أن عقود المنافع اللازمة[٧] لا تقبل اشتراط الخيار فيها؛

---

(١) يقول كاشف الغطاء: " كان حق التعبير أن يعبروا عنه بشرط الخيار لا خيار الشرط؛ لأن المراد به هنا أن يشترط الخيار في ضمن عقد البيع أو غيره بأن يقول: بعتك بشرط أن يكون لي خيار الفسخ إلى ثلاثة أيام أو شهر مثلاً، فهو عبارة عن اشتراط الخيار، أما خيار الشرط فهو عبارة عن أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطًا فلا يفي به، فيكون له خيار تخلف الشرط، فلو قال: بعتك بشرط أن تأتيني يوم الجمعة فقبل ولم يأته يوم الجمعة فللبائع الخياران يمضي العقد أو يفسخه، فحق هذا أن يسمى خيار الشرط، أي خيار تخلف الشرط، وما نحن فيه شرط الخيار، ويعبر بعض فقهائنا عن ذلك بخيار الاشتراط، ومهما كان فالأمر في التسمية سهل ". تحرير المجلة ١/٤٩٠، ٤٩١.

(٢) انظر: قواعد الفقه للبركتي ١/٢٨٣.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٤٤.

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ١/١٨٠.

(٥) يقول الشربيني: "خيار التشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط". مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٣.

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٣.

(٧) لا ينطبق حكم القاعدة على العقود غير اللازمة ولا على عقود التبرع، وفي ذلك يقول الرملي: "لا خيار في عقد جائز ولو من طرف كرهن، نعم، لو شرطه في بيع وأقبضه قبل التفرق أمكن فسخه بأن يفسخ البيع فيفسخ هو تبعا، وضمان ووكالة وقرض وشركة وعارية ووقف وعتق وطلاق؛ إذ لا يحتاج له فيه، ولا في الإبراء؛ لأنه لا معاوضة فيه، والنكاح إذ المعاوضة فيه غير محضة، والهبة بلا ثواب لانتفاء المعاوضة، وكذا الهبة ذات الثواب لا يثبت الخيار فيها؛ لأنها لا تسمى بيعا، والمعتمد ثبوت الخيار فيها ولو قبل القبض لأنها بيع حقيقي، والشفعة لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر والإجبار" نهاية المحتاج ٤/٦، ٧.

وذلك بأن يكون للعاقدين أو لأحدهما الخيار في أن يُتم العقد أو أن يفسخه؛ بل يجب أن تكون هذه العقود باتّة ملزمة بحيث لا تقبل الفسخ إلا بالتراضي أو لسبب شرعي، وينتقل ملك العوضين بمجرد إبرامها بين طرفي العقد، فـ«الأصل في العقود اللزوم»؛ لأن القصد منها نقل الملك؛ وقضية الملك التصرف، وكلاهما فرع اللزوم، فلا رجوع لأحد المتعاقدين عن العقد بعد تمامه[1]. وهذا مدلول القاعدة: «كل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه».

وبما أن الإجارة بيع عند أغلب الفقهاء بما فيهم الإمام الشافعي، وهم مجمعون على جواز اشتراط الخيار في البيع إلا ابن حزم[2]، وهي أيضًا من العقود اللازمة؛ وهي أوسع أبواب العقد علىٍ المنافع، فالقياس أن تأخذ أحكام عقد البيع بما فيها جواز اشتراط الخيار بناءً على الضابط: «الإجارة بيع منافع فحكمها كالبيع»، لكن الشافعية منعوا ذلك واعتبروا الإجارة وما شابهها من عقود المنافع اللازمة مستثناة من هذا الأمر؛ لأن الخيار إذا دخل العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف في المبيع[3]، واشتراط الخيار على خلاف الأصل فاختص بالمحدود، وهذا نص الضابط: «اشتراط الخيار على خلاف الأصل فاختص بالمحدود»، ولأن «ما أفضى إلى إبطال المعقود بالعقد كان ممنوعًا منه في العقد». ثم إنهم لا يرون الإجارة بيعًا؛ ويتأولون ما ورد عن إمامهم من كون الإجارة بيع منفعة؛ بأن ذلك على سبيل التوسع لا الحقيقة[4].

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا لأنصاري ٤٧/٢ مغني المحتاج للشربيني ٤٣/٢.

(٢) يقول: "كل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعًا أو لغيرهما خيارَ ساعة أو يوم أو ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فهو باطل، تخيرا إنفاذه أولم يتخيرا" المحلى لابن حزم ٣٧٠/٨.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٣٥٣/٥.

(٤) يقول الشربيني: "فإن قيل: قد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن الإجارة بيعُ منفعة...، أجيب أنه محمول على ضرب من التوسع - كما مر - لأن المنافع يُقدَّر وجودها لأجل صحة العقد، وما دخله التقدير لا يكون حقيقة كما يقدر الميت حيا ليملك الدية وتورث عنه". مغني المحتاج للشربيني٢/٢.

لقد بنى الشافعية قولهم بعدم جواز اشتراط الخيار في عقود المنافع اللازمة على أن صاحب الخيار إذا اختار عدم إتمام العقد انفسخ العقد؛ فوجب ردُّ المعقود عليه - بناءً على قاعدة: «ما كان فسخًا حقيقة يقتضي ردَّ العوض» - إلا أن هذا الأمر مقدور عليه في فسخ عقود المعاوضات على الأعيان؛ بينما هو متعذر في العقد على المنافع - ومنها الإجارة؛ وهذا بناءً على أصل الإمام الشافعي أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ، فكذا في فسخ الإجارة[1].

والنتيجة أنه لا يكمن إرجاعٍ المعقود عليه كاملا كما كان عليه وقت التعاقد؛ لأن مدة الخيار تجعل جزءً من المنفعة يفوت دون مقابل، وهو ما مَنَع لأجله الحنابلة اشتراط الخيار في المساقاة وفاقًا للشافعية؛ لأن «المساقاة إذا كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة فإذا فسخت لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها»[2]، جاء في نهاية المحتاج: لا يجوز اشتراط الخيار في الإجارة بسائر أنواعها على المعتمد؛ لأنها لا تسمى بيعًا، ولفوات المنفعة بمضي الزمن؛ فألزمنا العقد؛ لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة العوض، ولأنها لكونها على معدوم - وهو المنفعة - عقدُ غرر، والخيار غرر؛ فلا يجتمعان. ويفرق بين إجارة الذمة والسَّلم؛ بأنه يسمى بيعًا بخلافها، وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن، فكان أقوى وأدفع للغرر منه في إجارة الذمة، وبينها وبين البيع الوارد على المنفعة - كحق الممر - بأنه لمَّا عقد بلفظ البيع أعطي حكمه؛ ومن ثم لو عقد بلفظ الإجارة لا خيار فيه فيما يظهر[3].

وهذه القاعدة مما تفرد به الشافعية؛ وهي مثار خلاف بينهم وبين فقهاء

(١) انظر: العناية للبابرتي ١٢/٤٦٩.
(٢) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٥.
(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٧.

المذاهب الأخرى الذين قالوا بدخول خيار الشرط عقود المنافع باعتبار أنها بيع من البيوع، مع أنهم قد يوافقونهم في بعض التطبيقات كما فعل الحنابلة في منعهم دخول اشرط الخيار في عقد المساقاة[١]، وفي الإجارة التي تلي العقد[٢]، بل إن الشافعية أنفسهم قد اختلفوا في بعض المسائل المتعلقة بالقاعدة؛ فلم يقولوا فيها بقول واحد، بل تجد عندهم فيها قولين وثلاثة. وقد لخص السبكي آراءهم في دخول شرط الخيار في الإجارة بقوله:

الإجارة على ثلاثة أقسام :

القسم الأول: على مدة، كقوله: أجرتك هذه الدار شهرًا، ففي وجه ضعيف جدًّا يثبت خيار الشرط، والذي قطع به الجمهور لا يثبت.

القسم الثاني : على عمل معين، كقوله: استأجرتك لتبني لي هذا الحائط، ففي الخيار ثلاثة أوجه، والأصح عند الإمام البغوي والرافعي المنع.

القسم الثالث : على منفعة في الذمة، فحكى صاحب المهذب وغيره الخلاف في خيار الشرط، وفيها ثلاثة أوجه عند أبي حامد وغيره، والصحيح امتناع خيار الشرط[٣].

بينما رآى مخالفوهم أن الخيار المشروط هو خيار التروي للاختبار والمشورة[٤]، وقد يكون فرصة لتدارك ما قد يحصل للعاقد من الندم أو الضرر أو الغبن مع أنه أبرم العقد ابتداءً برضاه، لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وإن كان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد الذي هو اللزوم، وإنما جاز بخلاف القياس لما روي من النص[٥].

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٣١٤.
(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣.
(٣) فتاوى السبكي ١/٤٤١، ٤٤٢.
(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ١/١٨٠.
(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٢٧.

أدلة القاعدة:

١- اعتبر الشافعية العقود على المنافع خارجة عن حد البيع؛ وبالتالي لا ينطبق عليها حكم الخيار؛ لأن نص حديث لا خلابة وارد في عقد البيع فخرج غيره، كإبراء ونكاحٍ وهبة بلا ثواب وشفعة ومساقاة وصداق وشركة ورهن وكتابة وإجارة - ولو في الذمة - فلا خيار فيها؛ لأنها لا تسمى بيعًا؛ والخبر إنما ورد في البيع(١).

٢- تعاظم الغرر بحيث يخرج عن حد اليسير المعفو عنه؛ وذلك لكون العقود على المنافع عقود على معدوم وهو المنفعة؛ فهي عقودُ غرر والخيار غرر؛ فلا يجتمعان(٢).

٣- إذا اشتُرط الخيار في العقد اللازم على المنافع، واختار من له الخيار فسخه؛ أدى ذلك إلى فوات المنفعة بمضي الزمن، فمُنع هذا الخيار؛ لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة عوض(٣).

أدلة المخالفين:

١- حديث: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالا أو أحل حرامًا»(٤).

٢- رُوي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يُغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت؛ فقل: لا خلابة؛ ولك الخيار ثلاثة أيام»(٥).

---

(١) انظر: فتح الوهاب للأنصاري ١٠٥/٣، حاشية البجيرمي ٣٠٨/٢.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٧/٤، فتاوى السبكي ٤٤٠/١.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٧/٤.

(٤) رواه الترمذي ٦٣٤/٣-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) رواه ابن ماجه ٧٨٩/٢ (٢٣٥٥)، والدارقطني ١٠/٤.

٣- يجوز اشتراط الخيار في الإجارة؛ لأنها عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس؛ فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع، والجامع بينهما دفع الحاجة، وفواتُ بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط[١].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ورد صلح الحطيطة على منفعة؛ لا يصح اشتراط الخيار فيه على الأصح عند الشافعية؛ لأنه إجارة، والإجارة لا خيار فيها[٢]؛ لأنها من العقود اللازمة على منافع، وما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه.

٢- لا يثبت في المساقاة[٣] خيار الشرط؛ لأنها إذا كانت جائزة؛ فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة؛ فإذا فسخ لم يمكن ردُّ المعقود عليه، أي العمل فيها[٤]. وما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه.

٣- إذا آجر الرجل عاملا على مدة تلي العقد لم يجز شرط الخيار؛ لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها؛ فينقص عما شرطاه في العقد من

---

(١) انظر: العناية للبابرتي ١٢/٤٦٨.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٣.

(٣) المساقاة: أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجر تينه أو زيتونه أو سائر مثمر شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل، على أن ما أطعم الله من ثمرتها فبينهما نصفين أو على جزء معلوم من الثّمرة. الكافي لابن عبد البر ١/٣٨١.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٣٥.

المدة مقابل الأجر[1]، وما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه.

٤- إذا استأجر رجل بيتًا أو سيارة أو آلة على أن له أو للمؤجر أو لكليهما الخيار ثلاثة أيام لم تصح هذه الإجارة بناءً على القاعدة.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٣١٤.

رقم القاعدة: ١٠٢٠

نص القاعدة: هَلْ يَتَوَقَّفُ المِلْكُ فِي العُقُودِ القَهْرِيَّةِ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ أَوْ يَقَعُ بِدُونِهِ مَضْمُونًا فِي الذِّمَّةِ؟[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في العقود هو التراضي[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- الغالب في التمليكات تراضي اثنين، وقد يكفي الواحد في مواضع[٣]. (مبينة).

٣- يجوز الإكراه على البيع بحق[٤]. (مبين).

٤- الضرر يزال[٥]. (أصل).

٥- يدفع أعظم الضررين بأهونهما[٦]. (مبينة).

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٧٢.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٩/٦، وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات "، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) القواعد والفوائد للعاملي ٣٥١/١.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧٧/٢٨.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٣٩/٢٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٦- الاضطرار لا يبطل حق الغير[١]. (معللة لوجوب العوض في العقود القهرية).

٧- الملك يجب استصحابه بحسب الإمكان[٢]. (معللة لوجوب العوض في العقود القهرية).

٨- الضرر لا يزال بمثله[٣]. (معللة).

٩- كل من ملك شيئًا بعوض مُلك عليه عوضه في آن واحد[٤]. (معللة لوجوب دفع الثمن حالا في العقود القهرية غير الاضطرارية).

١٠- لا يتوقف الملك في العقود الاختيارية على أداء الثمن[٥]. (تكامل).

شرح القاعدة:

العقود القهرية: من القهر، ومعناه الغلبة والأخذ من فوقٍ على طريق التذليل[٦]، ونسبة العقود إلى القهرية تقديرها: ما ملك من المال قهرًا[٧]، ويطلق على العقود القهرية أيضًا «المعاوضات القهرية» و«التملك القهري»[٨].

والعقود القهرية هي تلك العقود التي يقصد منها أخذ ملك الغير وإخراجه من يده غلبة وقهرًا من غير رضاه فيقسر على تركه قسرًا، وهي مستثناة من المبدأ

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: الذخيرة ٦/٣٢٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبدع لابن مفلح ٥/٢٢٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) القواعد لابن رجب ص ٧٦.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ١/٢٣٣.

(٦) تاج العروس للزبيدي ١٣/٤٩٥.

(٧) انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ١/٣٠٥.

(٨) القواعد لابن رجب ص ٦٩ -٧٣.

الذي بنيت عليه العقود في الشريعة الإسلامية؛ حيث إن الأصل في العقود تراضي الطرفين، فلا يجبر الإنسان على بيعٍ ولا شراءٍ ولا تبرُّعٍ... إلخ، وإنما هو حر في إنشاء العقود أو إيقاع الفسوخ ما لم يوجد مانع شرعي. وهذا ما نصت عليه قاعدة: «الأصل في العقود هو التراضي». إلا أنه قد يكتفى في بعض التملكات والعقود برضا طرف واحد بينما يجبر الطرف الثاني على قبول العقد وإمضائه، كإجبار المفلس على بيع ماله في أداء ما عليه، وإجبار الشفيع المشتري على تصيير ملكه إليه[1]، فالملك يحصل تارة قهرًا وتارة بالاختيار[2]، وهذا المعنى هو ما دلت عليه صيغة التغليب الواردة في قاعدة: «الغالب في التمليكات تراضي اثنين، وقد يكفي الواحد في مواضع».

ومع أن القاعدة تتعلق أساسًا بما كان من التملكات القهرية عقدًا؛ إلا أن شرَّاحها قد ألحقوا بها مسألة المضطر إلى طعام الغير إذا مُنع منه وقدر على أخذه؛ وإن كانت هذه المسألة خارجة عن العقود، ومن ثم قالوا: التملّكات القهرية نوعان:

١- **التملك الاضطراري**: كمن اضطر إلى طعام الغير ومُنع منه وقدر على أخذه.

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٢٢٤.

(٢) المقاصد السنية للشعراني ص ١٧٢. وقد وضع الفقهاء فروقًا بين التملك القهري والاختياري منها:

الاختياري يملك بالعوض المعيَّن أو بما في الذمة، ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف، وأما القهري كالأخذ بالشفعة فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن أو يرضى بتأخيره على أحد القولين.

التملك القهري يحصل بالاستيلاء على ملك الغير بخلاف الاختياري.

اختلف في اشتراط معرفة شروط التمليك القهري من الرؤية ونحوها، واشترط ذلك في الاختياري قطعا.

يغتفر في التملك القهري ما لا يغتفر في الاختياري، فيُملك بالميراث الكلب وكذا الصيد في حق المحرم على أحد الوجهين، ولا يملك ذلك بالاختيار. انظر: المنثور للزركشي ٣/٢٣٣، القواعد لابن رجب ص ٨٠، ٨١.

٢- **التمليكات المشروعة لإزالة ضرر ما**: كالأخذ بالشفعة وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر وغير ذلك، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن[١].

وقد أباح الشرع الحنيف التملُّكات والعقود القهرية إذا كان الدافع إليها الحق لا أكل أموال الناس بالباطل، ولذلك قال الفقهاء: «يجوز الإكراه على البيع بحق»، ومن الحق الذي يبيح مثل هذه التملُّكات، دفع الضرر وإزالته عملا بقاعدة: «الضرر يزال»، ولذلك اتفق الفقهاء على أن من احتاج إلى طعام الغير ليدفع به عنه المجاعة المُهلكة ولم يشأ مالك الطعام بذله له، فإن للمضطر أخذه دون رضا صاحبه، ويكفيه في ذلك إذن الشارع[٢]، على أن يكون ثمن ما أخذ من الطعام مضمونًا في ذمته، سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك، فلا يتوقف الملك في هذه الحالة وأمثالها على دفع الثمن[٣]، وهذا فقه مبناه على الموازنة بين الضررين، فيرتكب أخفهما لدفع أثقلهما، وهذا المعنى هو ما أرشدت إليه القاعدة: «يدفع أعظم الضررين بأهونهما».

إلا أن الفقهاء عندما أباحوا هذا النوع من التصرف اشترطوا ضمان ثمن ما أخذه المضطر فدل ذلك الشرط على أن الضرورات لا تبيح إتلاف مال الغير بغير ضمان[٤]؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير»، ولأن «الملك يجب استصحابه بحسب الإمكان»، يقول القرافي: «إذا ثبت الملك في عين فالأصل استصحابه بحسب الإمكان، وإذا اقتضى سببٌ نقل ملك أو اسقاطه وأمكن قصر

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٣٩٠، القواعد لابن رجب ص ٨٠.

(٢) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/٧١.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص٨٠، الاستذكار لابن عبد البر ٧/٢٥٣، الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٣٣٥، درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٨.

(٤) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٣/٤٠٤، الاستذكار لابن عبد البر ٧/٢٥٣.

ذلك على أدنى الرتب لا نرقِّيه إلى أعلاها، ولهذه القاعدة قلنا: إن الاضطرار يوجب نقل الملك من المتيسر إلى المضطر إليه، ولكن يمكن قصر ذلك على المرتبة الدنيا؛ بأن يكون بالثمن ولا حاجة إلى المرتبة العليا - وهي النقل بغير ثمن»[١].

أما فيما يتعلق بالعقود القهرية غير الاضطرارية - وهي التي شرعت لإزالة ضرر لا يصل إلى حد الاضطرار - فقد ذهب الأغلب الأعم من الفقهاء إلى أن الملك فيها متوقِّف على دفع الثمن فلا يتم الملك ولا ينتقل إلا بذلك؛ لأنه إذا أبيح إزالة الضرر، فإنه لا يزال بضرر مثله، وهو ما نصت عليه قاعدة :«الضرر لا يزال بمثله»، ولأن «كل من ملك شيئًا بعوض مُلك عليه عوضه في آن واحد»، ولأنه ما دام الملك في العقود الاختيارية لا يتوقف على أداء الثمن، فإن الأمر في العقود والفسوخ القهرية على النقيض من ذلك؛ إذ يتوقف الملك فيها على دفعه[٢]، ولا يُجمَع على المرء القهر على الخروج من ملكه وضرر تأخير الثمن. يقول ابن قدامة: «لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضرارًا بالمشتري؛ ولا يزال الضرر بمثله، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله؛ لأن في تأخير الثمن ضررًا فلا يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حالٍّ، فإن بذل عوضًا عن الثمن لم يلزمه قبوله؛ لأنها معاوضة لم يجبر عليها»[٣].

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٨.

(٢) انظر: المدونة الكبرى للإمام مالك ٢/٤٩٣. ويقول الزركشي: "ومما يتخالفان فيه - أعني الاختياري والقهري - أن الاختياري يملك بالعوض المعين أو بما في الذمة ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف، وأما القهري - كالأخذ بالشفعة - فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن أو يرضى بتأخيره على أحد القولين، والصحيح أنه يملك بذلك". المنثور ١/٢٣٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/٢٠٣.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن الملك في هذه العقود يصح بعوض مضمون في الذمة[١].

إلا أن القائلين بوجوب دفع العوض حالا مختلفون في اشتراط إحضار الثمن على الفور ليقبضه صاحب الملك، فذهب جمهورهم إلى أنه إذا كان الثمن حاضرًا سلَّمه وإن لم يحضر أمهل يومًا أو يومين، وهو قول الإمام مالك[٢] والإمام أحمد[٣] وأجّله الإمام الشافعي ثلاثة أيام؛ لأنها هي حد القلّة؛ وهو المذهب عند الحنابلة[٤]، وبه قال ابن شبرمة[٥]، وهو رأي عند المالكية[٦]، وأما الأحناف فقد جزموا بأنه لا يتم العقد إلا بإحضار الثمن ودفعه[٧].

والحاصل أن العقود القهرية الاضطرارية لا خلاف بين الفقهاء في أنها مضمونة في الذمة؛ لأن المضطر مسموح له الأخذ دون اعتبار لحضور ثمن ما أخذ، بينما اشترط الجمهور - خلافًا لبعض الحنابلة - دفع العوض في العقود القهرية غير الاضطرارية حتى لا يفوت حقٌّ من عقدت بدون رضاه حيث لا يجمع عليه خروج ملكه من يده جبرًا وضرر انتظار الثمن.

ورغم أن القاعدة لم ترد إلا عند الحنابلة إلا أن غيرهم من الفقهاء قد عمل بمضمونها كما يظهر ذلك من خلال الشرح والتطبيقات.

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص ٧٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٥، تحفة أهل الطلب لعبد الرحمن السعدي ص ٤٦.

(٢) انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ٢/٩٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٠٣.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦/٣٠٠.

(٥) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/١٣٧، المغني لابن قدامة ٥/٢٠٣.

(٦) انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ١/٨.

(٧) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/١١٩، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤، وهذا الاختلاف بين الفقهاء فيما إذا كان ثمن البيع قبل الشفعة حالا على المشتري، أما إذا كان الثمن مؤجلا فلهم فيه تفصيلات أخرى. انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ٢/٩٥، التنبيه للشيرازي ص ١١٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٤٩، كشاف القناع للبهوتي٤/١٦١.

أدلة القاعدة :

١- الدليل على أن العقود القهرية الاضطرارية لا تتوقف على دفع الثمن قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام الآية: ١١٩]. والمضطر يدفع الضرر عن نفسه بغض النظر عن وجود ما يضمن به ما أتلفه أو عدم وجوده؛ فلا يتوقف الملك في هذه الحالة وأمثالها على دفع الثمن(١).

٢- أما الدليل على أن العقود القهرية غير الاضطرارية تتوقف على دفع الثمن فهو قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»؛ لأن التسليط على انتزاع الأموال قهرًا إن لم يقترن به دفع العوض حصل به ضرر وفساد، وأصل الانتزاع القهريِّ إنما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بمثله(٢).

٣- قاعدة: «كل من ملك شيئًا بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد» قال ابن رجب معلقا على القاعدة: «ويطرد هذا في البيع والسلم والقرض والإجارة فيملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد... وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشِّقص ونحوهما»(٣).

تطبيقات القاعدة :

١- إذا لم يجد المضطر إلا طعام الغير فلا يخلو إما أن يكون صاحبه مضطرًا إليه أيضًا أو لا فإن كان صاحبه مضطرًا إليه فهو أحق به،

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٨٠، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٧٦.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص٨٠، المغني لابن قدامة ٢٠٣/٥.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٦.

وليس لأحد أخذه منه، لمساواتهما في الضرورة، ويرجَّح المالك بالملك، وإن لم يكن مضطرًا إليه وامتنع من بذله؛ فللمضطر أن يأخذ منه ما يسد رمقه أو قدر شبعه ولو قهرًا؛ لأنه والحال هذه مستحق له دون مالكه، ويلزمه عوض ما أخذ، فإن كان معه في الحال وإلا لزمه في ذمته[١].

٢- إذا اضطر شخص إلى سلاح غيره ليدفع به الخطر عن نفسه ومنعه صاحب السلاح من أخذه وهو غير محتاج إليه، فله أن يأخذه قهرًا ويلزمه ثمنه في الحال - إن كان عنه - وإلا ثبت في ذمته[٢].

٣- عقد الشفعة إجبار للبائع والمشتري، ولكن يلزم الشفيع دفع الثمن لتملُّك المبيع؛ لأن الشفيع إنما استحق الشِّقص[٣] بالبيع فكان مستحقًا له بالثمن كالمشتري، فلا يلزم المشتري تسليم الشّقص للشفيع قبل قبض ثمنه، لأن الشفعة أمر قهري والبيع عن رضى، وإن عجز شفيع عن دفع ثمن الشِّقص المشفوع أو عجز عن بعض ثمنه لا تلزم الشفعة؛ لأن في أخذ الشِّقص بدون دفع جميع الثمن إضرارًا بالمشتري[٤]؛ لأن الملك في العقود القهرية غير الاضطرارية يتوقف على دفع الثمن وقيل لا يتوقف عليه[٥].

٤- إذا حصلت أموال المسلمين عند أهل الحرب ثم صارت لمسلم، فإن كان مصيرها إليه في أرض الحرب فلا يخلو أن يكون المال بمعاوضة

---

(١) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٢٦٧.

(٢) شرح تحفة أهل الطلب لمحمد اللاحم ص ١٥٩.

(٣) الشِّقص هو الجزء من الشيء، أي البعض أو النصيب والشَّقيص مثله. انظر: قواعد الفقه للبركتي ١/٣٤١.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/١٣٧.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٥، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٩٣.

أو بغير معاوضة، فإن كان أخذه بمعاوضة فلصاحبه أخذه بعد دفع الثمن[١]؛ لأن الملك في العقود القهرية غير الاضطرارية يتوقف على دفع الثمن.

٥- إذا استعار شخص أرضًا للغراس، ثم رجع المعير قبل القلع، فإن كان شرط القلع بوقت لزم عنده - ولو لم يأمره به المعير - وإلا يشترط القلع، فللمعير أخذ الغراس قهرًا بقيمته، أو قلعه جبرًا ويضمن نقصه، فإن أبى المعير ذلك وأبى المستعير الأجرة والقلع؛ بيعت الأرض بما فيها إن رضيا أو أحدهما، ويجبر الآخر، ودفع لرب الأرض قيمتها فارغة، والباقي للآخر[٢]؛ لأن الملك في العقود القهرية غير الاضطرارية يتوقف على دفع الثمن.

٦- من كان له خيار الفسخ في بيع فله أن يفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه؛ لأن الفسخ حل عقد جعل إليه فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه، فإن كان الفاسخ هو البائع بعد قبض الثمن فلا يملك الفسخ إلا برد الثمن[٣]، وقيل: له الفسخ قبل رد الثمن[٤].

٧- رجل شُهد عليه أنه مات فباعوا متاعه وتزوجت امرأته ثم أتى الرجل بعد ذلك، قال الإمام مالك: إن كانوا شهدوا بزور ردت إليه امرأته وأخذ ماله حيث وجده أو الثمن الذي به باعوه إن أحب ذلك، وإن كانوا شُبِّه عليهم وكانوا عدولا ردت إليه امرأته وما وجد من متاعه لم يغيَّر عن حاله وقد بيع، أخذه بعد أن يدفع الثمن إلى من ابتاعه،

---

(١) التاج والإكليل للعبدري ٣/٣٦٣.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٦٩١.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٥.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٥، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٩٣.

وليس له أن يأخذ ذلك حتى يدفع الثمن[1].

٨- أخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر جبرًا، يتوقف على دفع الثمن، وقيل لا يتوقف عليه[2].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: المدونة الكبرى للإمام مالك ٤٩٣/٢.

(٢) انظر: الفتوى الكبرى لابن تيمية ٣٩٠/٢٠، القواعد لابن رجب ص ٧٣، كشاف القناع للبهوتي ٣٠٥/٣.

رقم القاعدة: ١٠٢١

نص القاعدة: عُقُودُ الأَمَانَاتِ هَلْ تَنْفَسِخُ بِمُجَرَّدِ التَّعَدِّي فِيهَا أَمْ لَا؟[١].

قواعد ذات علاقة:

١- إذا تعلق بعين حق تعلقًا لازمًا فأتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق إلى البدل المأخوذ من غير عقد آخر؟[٢]. (اشتراك في المعنى).

٢- إذا زال التعدي يزول الضمان[٣]. (تكامل مع الشطر الثاني من القاعدة).

٣- الأمانات تضمن بالتعدي والتفريط[٤]. (تكامل).

شرح القاعدة:

عقود الأمانات هي العقود التي يكون أحد المتعاقدين فيها أمينًا بحكم الشرع غير ضامن لمحل العقد مثل الوديعة والوكالة وغيرهما.

---

(١) القواعد لابن رجب (القاعدة: ٤٥) ص ٧٠، مجلة الأحكام لأحمد القاري ١/٨٤.

(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة: ٤٣) ص ٥٩.

(٣) الذخيرة للقرافي ٩/١٧٥، مغيث الحكام لعبد الله السينوي ١/٤٨/أ، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مجلة الأحكام لأحمد القاري ١/٣٤٣، وانظر قاعدة: "المتعدي ضامن"، في قسم القواعد الفقهية.

وانفساخ العقد: انحلاله لبطلانه.

ومعنى القاعدة أن الفقهاء اختلفوا في الأمين إذا تعدى في عقود الأمانات هل يترتب على ذلك بطلان العقد الذي تعدى فيه أم لا؟

وهذا الخلاف ناشئ عن اجتماع مؤثرين شرعيين قويين متعارضين في شخص واحد هما التعدي والائتمان.

فالشطر الأول من القاعدة مبني على إعطاء التعدي قوة في التأثير تجعل عقد الأمانة ينفسخ بمحض وقوعه ويتوقف العمل بمقتضاه فيتعين تجديده لعودة مفعوله.

أما الشطر الثاني منها فمبناه على اعتبار أن الأمانة قوية بحيث لا يؤثر فيها التعدي الطارئ فيُبطِلَ صحة ما رتب الشارع عليها من العقود. علمًا بأن عدم انفساخ العقد لا يعني عدم تضمين المتعدي، فلا تعارض بين هذا الشطر وبين القاعدة المتفق عليها: «المتعدي ضامن»[(١)].

وبناء على هذا فإنه لا يكاد يخلو فرع من فروع هذه القاعدة من خلاف بين المذاهب أو داخلها مع أنه قد يترجح أحد الطرفين تبعا لطبيعة العقد.

وضابط ترجيح بطلان عقد الأمانة بالتعدي عند أكثر الفقهاء هو كونها محضة كالوديعة، أما إذا تضمنت أمرًا غير الأمانة كالوكالة فإن العقد لا ينفسخ بالتعدي. وصرح ابن رجب الحنبلي بأن اعتبار هذا الضابط هو الصحيح من مذهبهم[(٢)].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣١٨/٨، وبلفظ: "الضمان بالتعدي"، تبيين الحقائق للزيلعي ١٥٠/٦، مواهب الجليل للحطاب ٢٦٥/٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٤٩/١٠.

(٢) القواعد لابن رجب ص ٧١.

والذي يظهر أن هذا الضابط معتبر كذلك عند الشافعية. ويؤيد ذلك جزم الإمام الشافعي رحمه الله بانفساخ العقد بالتعدي في الوديعة بقوله: «ومن تعدى في وديعة ثم ردها إلى موضعها الذي كانت فيه ضَمِنَ؛ لأنه خرج من الأمانة ولم يحدث له رب المال استئمانًا فلا يبرأ حتى يدفعها إليه»[١]. وقد بين الرافعي وجه مذهب إمامه بقوله: إن الوكالة أمانة وإذن في التصرف، والأمانة حكم يترتب عليه فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد كما أن الرهن لما كان المقصود منه التوثيق ومن حكمه الأمانة لم يلزم من ارتفاع حكم الأمانة فيه بطلان أصل الرهن وتخالف الوديعة فإنها ائتمان محض فلا تبقى مع التعدي[٢].

ولعل هذا التفريق في التعامل مع عقود الأمانات بحسب اختلافها هو الذي يشير إليه ابن القاسم بقوله في المدونة الكبرى: «لكل متعد سُنّة يحمل عليها»[٣].

وخالف في هذا الضابط الحنفية وقرروا عدم بطلان العقود ولو في مثل الوديعة واحتجوا بأن: «بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه»، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه[٤].

ومجال هذه القاعدة واسع يشمل كافة عقود الأمانات كما هو صريح نصها.

---

(١) المختصر للمزني ١/١١٥، وانظر: الأم للشافعي ٣/٢٤٥.
(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ١/٦١.
(٣) المدونة الكبرى ٣/٢١٨.
(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ١٢/٢١٨.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات لا تنفسخ بمجرد التعدي فيها :

- **الدليل العقلي على أن عقود الأمانات المحضة لا تبطل بالتعدي**: وهو أن المالك أسند إلى الأمين الحفظ لرضاه بأمانته فمتى وجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فأنت أمين[(١)].

- **الدليل العقلي على أن عقود الأمانات غير المحضة لا تبطل بالتعدي**: لأنها تتضمن الإذن في التصرف مع استئمان، فإذا زال أحدهما (وهو الاستئمان) لم يزل الآخر (وهو الإذن في التصرف)[(٢)].

ثانيًا : أدلة شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات تنفسخ بمجرد التعدي فيها :

لزوال الائتمان بالتعدي والإذن في التصرف كان منوطًا به[(٣)] فيزول بزواله.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا تعدى الوديع في الوديعة بطلت ولم يجز له الإمساك ووجب الرد على الفور؛ لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد[(٤)]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات تنفسخ

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيبانى ١٦٠/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٤١/٦، الروضة البهية للعاملي ٢٥٠/٤.

بمجرد التعدي فيها، وقيل: تعود الأمانة إذا زال التعدي[1]؛ جاريًا على شطر القاعدة الآخر.

٢- إذا دفع شخص إلى رجل مبلغًا ماليًّا على أن يسلمه له في ثوب أنيق فأسلمه في ثوب رديء فإنه لا يكون لصاحب المال أن يتبع الذي أُسْلِم إليه المبلغ في الثوب الرديء؛ لأن المبلغ لما تعدى عليه المأمور وجب دَينًا للآمر على المأمور والبيع لازم للمأمور، فليس للآمر على البائع قليل ولا كثير، وليس له أن يفسخ البيع الذي بين المأمور والبائع[2]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات لا تنفسخ بمجرد التعدي فيها.

٣- من وكل شخصًا في بيع شيء فتعدى فيه باستعماله ثم أراد بيعه فهل يصح أم لا؟ فيه وجهان: (أحدهما) يصح؛ لأن الوكالة إذن في التصرف مع الاستئمان، فإذا زال أحدهما لم يزل الآخر؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات لا تنفسخ بمجرد التعدي فيها. و(الثاني): لا يصح[3]. جريًا على شطر القاعدة الآخر.

٤- إذا استؤجر شخص لحفظ شيء مدة فحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان: لا تبطل بل يزول الاستئمان[4] ويصير ضامنًا، والوجه الآخر: يبطل العقد فلا يستحق شيئًا من الأجرة بناء على أن من سلم بعض المنافع المستأجرة لا يستحق أجرة[5]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٥- ليس للعامل أن يسافر بمال القراض دون الإذن، فإن السفر به اقتحام

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٧٧/٧، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ١٧٢/٥.
(٢) انظر: المدونة الكبرى ٥٢/٩.
(٣) انظر: الفروع لابن المفلح ٢٧٦/٤.
(٤) وهو أصحهما عند ابن المثنى من الحنابلة، انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.
(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.

خطر فإن فعل صحت تصرفاته لبقاء الإذن فيه[١]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات لا تنفسخ بمجرد التعدي فيها.

٦- يصح رهن الشيء المستعار للرهن فإن وفَّى الراهن ما عليه رجع الرهن لربه وإلا بيع في الدين ورجع المعير بقيمته على المستعير يوم الاستعارة، ويضمن المستعير إن خالف ورهن في غير ما استعار له لتعديه، كأن يأخذه للرهن في عين فيرهنه في طعام، وللمعير أخذه من المرتهن وتبطل العارية. وقيل: لا يضمن ويكون رهنا في قدر العين من قيمة الطعام[٢]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٧- ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع. وليس له أن يبيعه إلا بتسليط من الراهن ولا أن يؤاجره أو يعيره؛ لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه. فإن فعل كان متعديًا، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي[٣]؛ جريًا على شطر القاعدة القاضي بأن عقود الأمانات لا تنفسخ بمجرد التعدي فيها.

٨- الوصي إذا تعدى في التصرف كأن يقدم على البيع بدون قيمة المثل لا يبطل كونه وصيًّا بل تزول أمانته ويصير ضامنًا. وقيل: تبطل؛ لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بانتفاء شرطها[٤]. والقولان جاريان على شطري القاعدة.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) ولكنه يضمن الأعيان والأثمان جميعًا؛ لأن العدوان بالنقل يتعدى إلى الثمن. انظر: الوسيط للغزالي ١٢٠/٤، إعانة الطالبين لأبي بكر الدمياطي ١٠٦/٣، وقال ابن حزم: إذا تعدى العامل فاشترى بمال القراض نفسه وربح فالشراء فاسد مفسوخ، انظر: المحلى لابن حزم ٩٨/٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢٣٨/٣.

(٣) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ١٣٠/٤.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١.

رقم القاعدة: ١٠٢٢

نص القاعدة: تُعْتَبَرُ الأَسْبَابُ فِي عُقُودِ التَّمْلِيكَاتِ كَمَا تُعْتَبَرُ فِي الأَيْمَانِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

أسباب العقود تعتبر في التمليكات[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- الأعمال بالنيات[٣]. (أصل للقاعدة).

٢- الأسباب والدواعي للعقود والتبرعات معتبرة[٤]. (أعم).

٣- إذا كان السبب والدافع إلى العقد غير مشروع كان العقد باطلا[٥]. (متفرعة عن القاعدة).

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٣٤٨.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص١٠٢، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان ص٤٨٨، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية لصبحي محمصاني ٢/٩٧.

(٣) هي جزء من حديث شريف، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ص ٢٥٦.

(٥) الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام لأحمد أبي الوفا ١/١٨٠.

٤- الهدية إذا كانت بسبب أُلحقت به[١]. (متفرعة عن القاعدة).

٥- كل قرض جر منفعة فهو حرام[٢]. (متفرعة عن القاعدة).

شرح القاعدة:

التمليك لغة: جعل الشيء ملكًا للغير[٣]. واصطلاحًا: نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر، سواء كان المنقول عينا كما في البيع، أو منفعة كما في الإجارة، وسواء أكان بعوض، أم بدونه، كالهبة والصدقة[٤].

وعقود التمليكات: هي العقود التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض أو بغير عوض[٥]. وتنقسم عقود التمليكات إلى ثلاثة أنواع:

١- عقود المعاوضات، وهي العقود التي تجري فيها المبادلات سواء كانت مبادلة مال بمال كالبيع، أو مال بمنفعة كالإجارة.

٢- عقود التبرعات، وهي العقود التي ليس فيها عوض، كالهبة والوصية والوقف.

٣- عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وفيها يكون التبرع في ابتداء العقد ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل، فيطبق على العقد في ابتدائه شروط التبرع، وفي انتهائه أحكام المعاوضة، وذلك مثل القرض والكفالة بأمر المدين[٦].

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٥/٢٩.

(٢) تحفة الأحوذي للمباركفوري ٣٦١/٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٦٥، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢٥٧/١. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ٤٩١/١٠ مادة (ملك).

(٤) انظر: الاختيار للموصلي ٣/٢، ٤١/٣، الذخيرة للقرافي ١٥٩/١، المنثور في القواعد للزركشي ٢٢٨/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢.

(٥) انظر: الأموال ونظرية العقد لعلي الخفيف ص٤٦٣.

(٦) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢٣٢/٣، القواعد لابن رجب ص٧١- ٧٣.

ومعنى **القاعدة**: أن السبب الباعث على العقد الذي يفيد الملك والذي يظهر من ظروف العقد والقرائن المحيطة به يعتبر في الحكم على صحة العقد وبطلانه وتحديد نطاقه كما هو الحال بالنسبة إلى الأيمان وغيرها من الأعمال والتصرفات، فالأيمان المنعقدة يعتبر فيها نية الحالف، فإن تعذر ذلك يعتبر السبب الذي دعا إلى اليمين، فمن حلف بطلاق زوجته، وتعذر معرفة نيته، يُنظر إلى السبب الذي حمله على ذلك(١).

ففي عقود المعاوضات: إذا كان السبب الباعث على عقد البيع أو الإجارة إكراهًا بغير حق - مثلا - فإن هذا العقد يبطل ولا تترتب آثاره عليه(٢). ومن ذلك إقرارات الناس، فينظر فيها إلى الحامل لهم وإلى ما اقترن بذلك من الأحوال لا إلى مجرد اللفظ. وكذلك إذا كان سبب عقد المعاوضة هو التحيل لإبطال حكم شرعي أو تحويل الحكم إلى حكم آخر، أو للتوصل بها إلى محرم، أو إلى إبطال الحقوق، فإن السبب هنا يعتبر في إبطال العقد وعدم لزومه(٣).

---

(١) انظر: نظرية المصلحة لحسين حامد حسان ٤٨٨/١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٩/٢٤، مجلة الأحكام العدلية م/٩٤٩ ص١٨٥، شرح الخرشيعلى مختصر خليل ١٧٤/٣، ٣٦٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٣٩/٢، المهذب للشيرازي ٧٩/٢، حاشية القليوبي١٥٦/٢، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٦٣/٨، المغني لابن قدامة٢٩١/٧، المحلى لابن حزم ٣٢٩/٨-٣٣٠، شرح الأزهار لابن مفتاح ٧/٤، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ١٥٨/٢، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٢٠/٦، القواعد الفقهية عند الإمامية ص٥٩٧-٦٠٠. وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الحنفية صححوا العقود غير المالية من المكره كالطلاق والنكاح والرجعة ونحوها، أما العقود المالية مثل البيع والإجارة فاشترطوا فيها الاختيار للانعقاد، واشترطوا الرضا لصحتها فإذا تحقق الرضا والاختيار في التصرف كان صحيحًا ومنعقدًا - مع توفر الشروط الأخرى - وإذا انعدم الاختيار انعدم العقد وأصبح باطلا، وأما إذا وجد الاختيار وانعدم الرضا فإن العقد يكون فاسدًا. انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٣٨٤/٤، حاشية ابن عابدين ١٥/٣.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٩١/٢، الموافقات للشاطبي ٣٨٠/٢، إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٠/٣.

وفي عقود التبرعات تعتبر الأسباب الباعثة على العقد في صحته أو منعه، فلا يجوز الجمع بين عقد تبرع وعقد معاوضة في معاملة واحدة، كالجمع بين عقد السلف وعقد الإجارة مثلا؛ لأنه مثل الجمع بين سلف وبيع وهو منهي عنه، وكذلك كل تبرع يُجمع إلى البيع والإجارة مثل الهبة والعارية فلا يجوز، ومثل ذلك المحاباة في المساقاة والمزارعة لا تجوز؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعًا محضًا فيصير التبرع في هذه الحالة جزءاً من العوض[1].

وكذلك تعتبر الأسباب في العقود التي تكون تبرعًا ابتداء ومعاوضة انتهاء، فلا يجوز – مثلا - الجمع بين القرض والبيع في عقد واحد لنهي النبي ﷺ عن سلف وبيع.

ومن أهم الأسباب التي يجب اعتبارها هو الحيل التي يُتوصل بها إلى تحريم الحلال أو تحليل الحرام، فكل سبب أدى إلى ذلك في عقد من عقود التمليك فإنه يعتبر ويبطل ما يترتب عليه.

والقاعدة - في الجملة - معتبرة عند جميع المذاهب، وإن جرى الخلاف في بعض الفروع والجزئيات. ولها أهمية كبرى خاصة في المعاملات المالية المعاصرة، كالهدايا في البيوع التي تلجأ إليها الشركات لترويج بضائعها.

ومجال العمل بها هو عقود التمليكات كلها، فيشمل ذلك ما كان معاوضة أو تبرعًا أو عقد إرفاق كالقرض والعارية - بناء على رأي من يقول: إن العارية تمليك منفعة وليست إباحة.

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٩/٤، القواعد النورانية له ص١٤٢.

أدلة القاعدة:

١- عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلا من الأسد يقال له: ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي أهدى لي. قال: فقام رسول الله ﷺ على المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: «ما بال عامل أبعثه فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي. أفلا قعد في بيت أبيه أو في بيت أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا؟»[١]. قال الإمام البغوي: «وفي الحديث دليل على أن هدايا العمال والولاة والقضاة سحت، لأنه إنما يهدي إلى العمال ليغمض له في بعض ما يجب عليه أداؤه، ويبخس بحق المساكين، ويهدي إلى القاضي ليميل إليه في الحكم، أو لا يؤمن من أن تحمله الهدية عليه»[٢]، فالسبب معتبر في تمليك الهدايا لعمال الدولة والشركات الاعتبارية.

٢- عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «هدايا العمال غلول»[٣]. ووجه الدلالة ما سبق.

٣- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك»[٤]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الجمع بين المعاوضة والتبرع، فالسلف من عقود الإرفاق والبيع من عقود المعاوضات؛ وذلك لأن

---

(١) رواه البخاري ٢٨/٩(٦٩٧٩)، ومسلم ١٤٦٣/٣ (١٨٣٢).

(٢) شرح السنة للبغوي ٤٩٨/٥.

(٣) رواه أحمد في مسنده ١٤/٣٩ (٢٣٦٠١)، والبزار ١٧٢/٩(٢٧٢٣)، وقال الهيثمي في المجمع ٢٠٠/٤: رواه البزار من رواية إسماعيل بن عياش، عن الحجازيين، وهي ضعيفة.

(٤) رواه أحمد ٢٥٣/١١(٦٦٧١)، وأبو داود ٢٨٣/٣(٣٥٠٤)، والترمذي ٥٣٥/٣(١٢٣٤)، والنسائي ٢٨٨/٧ (٤٦١١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

التبرع إنما كان في الغالب لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا[١]. فالسبب معتبر في النهي عن الجمع بين عقد المعاوضة وعقد التبرع في معاملة واحدة.

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: بلغ عمر بن الخطاب أن فلانًا باع خمرًا فقال: قاتل الله فلانًا، ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فجملوها[٢] فباعوها»[٣]. ووجه الدلالة: أن اليهود احتالوا على تحريم أكل الشحوم بأكل أثمانها فلعنوا لذلك، وبيع الشحوم المذابة في الأصل مباح، لكن لما كان فعلهم تحايلا لتحليل الحرام ذموا بفعله، وفي هذا اعتبار لسبب التمليك وهو هنا التحايل لتحليل الحرام[٤].

٥- الإجماع على بعض فروع القاعدة، كالإجماع على حرمة اشتراط الدائن على المدين زيادة أو هدية. قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلِف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا»[٥].

تطبيقات القاعدة:

١- من اشترى شيئًا مكيلا أو موزونًا مثلا، ثم استزاد البائع فزاده ثم رد ما اشتراه لعيب فيه فالزيادة التي أخذها تكون للبائع؛ لأنها أُخذت بسبب البيع وإن كانت غير لاحقة بالعقد[٦]، والأسباب معتبرة في التمليكات.

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٩/٤، القواعد النورانية له ص١٤٢.

(٢) جملوها: أي أذابوها حتى أزالوا عنها اسم الشحم.

(٣) رواه البخاري ٨٢/٣ (٢٢٢٣)، ومسلم ١٢٠٧/٣ (١٥٨٢).

(٤) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ١٦٠/٣.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٣٩٠/٤.

(٦) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٤٨.

٢- إذا طلب الزوج أن تهبه الزوجة صداقها فوهبته له ثم طلقها فلها الرجوع في الهبة؛ لأن سببها رغبتها في استدامة النكاح[(١)]، والسبب معتبر في التمليكات.

٣- إذا وضع متجر هدية مرفقة مع سلعة معينة لترويجها، وكانت الهدية عرضًا متقومًا مع السلعة ووقع عليها الثمن مع السلعة، فالبيع جائز[(٢)]؛ لأن أسباب العقود تعتبر في التمليكات.

٤- لا يقبل المقرض من المقترض هدية قبل الوفاء إلا أن يحتسبها من دينه أو يكافئه عنها؛ لأن الحامل له على ذلك هو القرض[(٣)]، والسبب معتبر في التمليكات..

٥- مسألة العينة مُنعت لأن الهدف منها الحصول على النقود؛ لأن حقيقتها بيع نقود بنقود متفاضلا[(٤)]، والأسباب معتبرة في عقود التمليكات..

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٤٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٦٨.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/ ٤٥، ٨٧، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٦٢، ٦٣، المعاملات المالية المعاصرة في الإسلام لسعد الدين الكبي ص ٣٤٢ - ٣٤٤.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٤٨، شرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب لعبد الكريم اللاحم ص ٤٥٢، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٩١، الاستذكار لابن عبد البر ٦/ ٥١٤، المجموع للنووي ١٣/ ١٧١، المغني لابن قدامة ٤/ ٣٩٠، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٦/ ٣٢٥.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٤٨، شرح تحفة أهل الطلب ص ٤٥١.

رقم القاعدة: ١٠٢٣

نص القاعدة: خِيارُ الشّرطِ لا يدخُل إلا في العُقُودِ اللازِمةِ القَابِلةِ للفَسْخِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

خيارُ الشرط يصحُّ فيما يَحتَمِلُ الفسخَ من العقود اللاّزمة[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- خيار الشرط يجوز في كل العقود[٣]. (أعم).

٢- كل بيع وقع بشرطِ خيارٍ للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا أو لغيرهما، فهو باطل[٤]. (ضابط مخالف).

شرح القاعدة:

خيار الشرط: هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان[٥]، كأن يقول كل من البائع للمشتري: بعتُ

(١) المعاملات لأحمد إبراهيم ص١٠٢.
(٢) مرشد الحيران لقدري باشا ١/٣٩ و٦٩.
(٣) انظر: المبدع لابن مفلح ٤/٦٧ والإنصاف للمرداوي ٤/٣٧٥.
(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٣٧٠.
(٥) الملكية لأبي زهرة ص ٣٦٨، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/١٩٥.

لك هذه الدار بكذا على أني بالخيار مدة كذا. أو يقول ذلك المشتري حين الشراء[1].

ويسمى خيار الشرط بـخيار التروّي؛ لأنه شُرع للتروّي وهو النظر والتفكر في الأمر قبل إبرامه[2]. ويسمى: بيع الخيار، ويراد به: العقد الذي اقترن بخيار الشرط[3].

والمراد بالعقد اللازم: هو مالا يمكن رجوع العاقد عنه بإرادته المنفردة، فلا يمكن فسخ العقد إلا بالتراضي أو بحكم القاضي[4].

الفسخ: حل رابطة العقد[5].

ومفاد هذه القاعدة: أن خيار الشرط يقتصر ثبوته على العقود اللازمة القابلة للفسخ فقط، وهي العقود التي يمكن فسخها إلا أنها لما كانت من النوع (اللازم) التي لا يحق لأحد طرفيها إلغاؤها والتحلل من رابطة العقد فيها إلا برضا الطرف الآخر، شُرع الخيار فيها لإعطاء هذا الحق لمشترطه[6].

وبناء على هذا تخرج ثلاثة محترزات عن هذه القاعدة لا مجال لخيار الشرط فيها:

فأولاً: لا يثبت خيار الشرط في غير العقود.

---

(١) المعاملات لأحمد إبراهيم ص١٠٢.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١٩١/١.

(٣) بداية المجتهد ٢٠٩/٢، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١٩١/١.

(٤) انظر: المدخل للزرقا ص٣٩/١ و٢/٤٠، ونظرية فسخ العقود لأسمادي محمد نعيم ص ٤٣.

(٥) انظر: الأشباه للسيوطي ص ٢٧٨، والمدخل للزرقا ف ٤٥/٢، ومفوتات فسخ العقد لمحمد المختار المامي ٥١/١، وأحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية لفضل الرحيم ٢٦/١ وأفاد هذا الأخير أن (الفسخ) لايُطلق عند المالكية إلا على رفع العقد اللازم ولايُطلق على رفع العقد الجائز إلا بطريق المجاز.

(٦) انظر: الخيار لعبد الستار أبو غدة ٢٤١/١.

وثانيًا: لا يثبت في العقود غير اللازمة (أو التي تسمى بالعقود الجائزة)، مثل الوكالة، والشركات (ومنها المضاربة)، والجعالة، والإعارة، والإيداع وغيرها[١].

وثالثًا: أن العقود اللازمة يجب أن تكون من النوع (القابل للفسخ)، فإذا كانت (لازمة غير قابلة للفسخ) فلا مجال لخيار الشرط فيها، كالنكاح[٢].

وعلى هذا فمن أمثلة (العقود اللازمة القابلة للفسخ) التي تكون مجالا لخيار الشرط: البيع، والإقالة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقسمة، والصلح عن مال بمال وهو صلح المعاوضة، والرهن بالنسبة للراهن (المدين)، والكفالة، والحوالة، والشفعة، والخلع بالنسبة للزوجة[٣].

هذا، وقد قال بمضمون هذه القاعدة بالجملة جمهور أصحاب المذاهب الثمانية[٤] سوى ابن حزم من المذهب الظاهري، فإنه ينفي مشروعية خيار الشرط[٥].

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٤ م ٢٧٩٤، والمعاملات لأحمد إبراهيم ص ١٠٢، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/٢٤١.

(٢) ومعنى كون النكاح لايقبل الفسخ، أي أنه لايقبل (الإلغاء) عن طريق الإقالة كما يحصل في العقود اللازمة الأخرى القابلة للفسخ، وإنما يقبل النكاح (الإنهاء) بطرق شرعية مخصوصة كالطلاق والخلع والتفريق القضائي. ومما يدل على أن التطليق وغيره من أسباب الفرقة بين الزوجين ليس فسخًا أي ليس من قبيل إلغاء العقد بل هو من قبيل إنهاء أثر النكاح، أن الطلاق قد يكون في حالاتٍ، تقريرًا لبعض أحكام العقد كما في ثبوت نصف المهر عند وقوعه قبل الدخول، وكما في ثبوت حرمة المصاهرة التي لاترتفع أبدًا ولو حصل الطلاق فور مجرد عقد النكاح مباشرة. انظر: المدخل للزرقا ف ٤٧/٩ والملكية لأبي زهرة ص ٣٦٠.

(٣) انظر: مرشد الحيران ١/٣٩، والمعاملات لأحمد إبراهيم ص ١٠٢، والملكية لأبي زهرة ص ٣٧١، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/٢٤١، ومفوتات فسخ العقد للمامي ١/٢٥.

(٤) مع اختلاف بينهم في تفاصيل العقود التي تدخل عند كل منهم في مفهوم (العقود اللازمة القابلة للفسخ). انظر: فتاوى قاضيخان ٣/٣، والدر المختار للحصكفي مع حاشيته لابن عابدين ٤/٥٦٩، والكافي لابن عبد البر ١/٣٤٣، والأشباه للسيوطي ١/٤٥٤، ومغني المحتاج للشربيني ٢/٤٧، والمغني لابن قدامة ٤/٢٤م ٢٧٩٤، وكشاف القناع للبهوتي٣/٢٠٢، والتاج المذهب لابن المرتضى ٤/١٠ و٢٢ (فصل ٢٠٩-٢١٠)، وشرائع الإسلام للحلي ٢/٢٤٥ (أحكام الخيار).

(٥) انظر: المحلى ٨/٣٧٠، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/١٩٦- ٢١٢.

أدلة القاعدة :

١- حديث: «المسلمون على شروطهم»[١].

٢- الإجماع على أصل مشروعية خيار الشرط، حكاه ابن قدامة والنووي وابن الهمام[٢].

٣- إن سبب اقتصار خيار الشرط على العقود اللازمة القابلة للفسخ، أن فائدته إنما تظهر فيها فقط، وتلك الفائدة هي تمكّنُ من له الخيار من فسخ العقد إذا شاء في أثناء المدة المحددة، فإن العاقد قد يكون يريد التروي وإجالة الفكر على مهل ليكون راضيًا تمام الرضى قبل الدخول في العقد، مع الاحتياط في الوقت نفسه خشية أن يفوته العقد تمامًا إذا لم يحدد مدة للتفكير في الأمر، أو أن يُلزَم به فور الدخول فيه ثم لايتمكن من الفسخ إلا برضا الطرف الآخر، فيدفعه ذلك إلى أن يشترط الخيار ليدفع عن نفسه ضرر لزوم العقد له، وذلك بإبداء عذره عن المضي في العقد بفسخه[٣]، فإن «الضرر عذر في فسخ العقد اللازم»[٤].

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ " المسلمون عند شروطهم " ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٣٠، والمجموع للنووي ٩/١٩٠، وفتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٠، وأحكام الرجوع في عقود المعاوضات لفضل الرحيم ١/١٧٠.

(٣) انظر: المعاملات لأحمد إبراهيم ص ١٠٢، والملكية لأبي زهرة ص ٣٦٣ و٣٦٨، وأحكام القرآن للجصاص ٣/١٣٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٥ .

٤- أما وجه عدم دخول خيار الشرط في العقود غير اللازمة (وهي التي يحق لكل من الطرفين إلغاؤها بإرادته)، مثل الوكالة، والإعارة، والإيداع وغيرها؛ فذلك لأن معنى ثبوت الخيار فيها أن يكون للعاقد حقٌّ فسخها، والحال أن هذا الحق ثابت له في هذه العقود ولو بدون اشتراط، فيكون اشتراط الخيار فيها من باب تحصيل الحاصل، وهو عبث، والشرع منزه عنه[١].

٥- كما أن وجه عدم دخول خيار الشرط في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، كالنكاح، فذلك لأن مقتضى شرط الخيار أن يتراخى حكم العقد عن وقت إنشائه، وذلك ما لاتقبله العقود غير القابلة للفسخ، لأنها لاتتراخى آثارها عن عباراتها المُنشئة لها، فكان اشتراط الخيار فيها منافيًا لمقتضاها تمامًا[٢].

أما دليل ابن حزم فيما ذهب إليه من بطلان خيار الشرط، فمن أقوى أدلته عموم الحديث المشهور: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مئة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق»[٣].

وجهُ الدلالة منه لابن حزم: أن النبي ﷺ أبطل كل شرط ليس في كتاب الله، واشتراطُ الخيار ليس في كتاب الله ولا في شيء من سنة رسول الله ﷺ،

---

(١) انظر: المعاملات لأحمد إبراهيم ص ١٠٢، والملكيــة لأبي زهرة ص ٣٧١، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/ ٢٤١، والمدخل للزرقا ف ٤٧/ ٩ .

(٢) انظر: المعاملات لأحمد إبراهيم ص ١٠٢، والملكية لأبي زهــرة ص ٣٧١، والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/ ٢٤١ .

(٣) رواه البخاري٣/ ٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/ ١١٤١-١١٤٢(١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

فوجب بطلان الشرط المذكور ووجب بطلان البيع الذي عقد على شرط، فإن الله لا يصلح عمل المفسدين[١].

كما استَدلّ ببعض الآثار المروية عن الصحابة والتابعين التي تفيد عدم صحة اشتراط الخيار[٢].

وردّ ابن حزم على قائلي خيار الشرط واستدلالهم بحديث: «المسلمون على شروطهم»، بأنه حديث لا يصح[٣].

ومن الواضح أن أدلة ابن حزم، أدلة عامة لا تنهض للاحتجاج بها في هذا المقام. ثم إن استدلال ابن حزم بحديث: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله»، على إبطال خيار الشرط من جهة أنه ليس في كتاب الله، يجاب عنه أن المراد بما ليس في كتاب الله: أي الشروط التي تخالف حكم الله تعالى، وليس المراد به: مطلق الشروط التي لم ينطق بها القرآن، فمن المعلوم أن هناك شروطًا تصح اتفاقًا مع كونها لم ينص عليها القرآن والسنة[٤].

وبالجملة فقد وقع الإجماع على مشروعية خيار الشرط كما سبق نقله ضمن أدلة الجمهور، ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم[٥].

على أنه يجدر التنبيه إلى غرابة صنيع ابن حزم في هذا الموضوع، حيث نفى مشروعية خيار الشرط في كتابه (المحلى)، ثم نجده حكى الإجماع علي

---

(١) انظر: المحلى ٨/٣٧٨.

(٢) انظر: المحلى ٨/٣٧٣، ٣٧٤.

(٣) الحديث بمجموع طرقه قوي بحيث يصل في أقل أحواله إلى درجة الحسن، أما حكمُ ابن حزم بعدم صحته فهو حكمٌ منه على إسنادٍ واحدٍ فقط من أسانيد هذا الحديث، كما يظهر من ردّ ابن الملقن عليه في خلاصة البدر المنير ٢/٨٧.

(٤) انظر: فتح الباري ٥/٢٢٢ و٤١٦، وأحكام الرجوع في عقود المعاوضات لفضل الرحيم ١/١٧٤.

(٥) انظر: أحكام الرجوع في عقود المعاوضات لفضل الرحيم ١/١٧٧.

مشروعيته في كتابه (مراتب الإجماع) حيث قال فيه: «واتفقوا أن البيع بخيار ثلاثة أيام بلياليها جائز»[١].

تطبيقات القاعدة:

١- يجوز لكلا المتبايعين اشتراط الخيار؛ لأن البيع عقد لازم يحتمل الفسخ، وكل عقد لازم يحتمل الفسخ يدخله خيار الشرط[٢].

٢- الهبة بعوض لدى بعض الفقهاء يجوز أن يدخلها خيار الشرط؛ لأنها بوصف المعاوضة تكون لازمة تحتمل الفسخ، فيدخلها الخيار[٣]؛ عملا بمقتضى هذه القاعدة.

٣- الصلح على مال يدخله خيار الشرط؛ لأنه بمنزلة البيع في أنه عقد لازم يحتمل الفسخ، وخيار الشرط يدخل كل عقد لازم يحتمل الفسخ[٤].

٤- الإجارة الواردة على الذمة كمن استأجر أجيرًا ليخيط له ثوبًا ونحوه يدخلها خيار الشرط؛ لأنه عقد لازم يحتمل الفسخ، وهذا جار على مقتضى هذه القاعدة.

٥- يثبت خيار الشرط في الإجارة على عينٍ إذا كانت الإجارة على مدةٍ لا تلي العقد مباشرة، بأن قال في ربيع الأول: أجّرتُك داري في ربيع الآخر بشرط أن لي الخيار إلى نهاية ربيع الأول، فيصح؛ لأن مدة

---

(١) انظر: مراتب الإجماع ص ٨٦، وانظر: الخيار لعبد الستار أبو غدة ١/٢١٠.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢/٢٧٧.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٢٣.

(٤) انظر: المغني ٤/٢٣.

الخيار سوف تنقضي قبل دخول (ربيع الآخر) الذي يبتدئ به الإيجار[١].

٦- إذا قلنا: إن الإقالة بيع لا فسخ جريًا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء، جاز أن يدخلها خيار الشرط[٢]؛ عملا بمقتضى هذه القاعدة.

٧- النكاح لا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد؛ لأنه لا يقبل الفسخ بالرجوع عنه[٣]، وهذا جار على مفهوم هذه القاعدة

٨- لا يجوز اشتراط الخيار في الطلاق والخلع؛ لأنهما لا يقبلان الفسخ، وخيار الشرط إنما يدخل التصرفات اللازمة القابلة للفسخ[٤]، وهذا جارٍ على مفهوم القاعدة التي بين أيدينا.

استثناءات من القاعدة:

١- لا يدخل خيار الشرط في ثلاثة أنواع من العقود مع كونها من النوع اللازم القابل للفسخ، وهي: بيع الصرف، وبيع السلَم، وبيع الربويات بجنسها.

وجه الاستثناء أن طبيعة هذه العقود منافية لطبيعة الخيار ومقتضاه؛ لأن هذه العقود شُرعت بحيث لا يبقى فيها علاقة بين العاقدين بعد تفرقهما، ولهذا اشتُرط لها القبض في المجلس نفسه، وثبوت خيار الشرط يقتضي بقاء العلاقة بينهما إلى ما بعد انتهاء المجلس، فيكون

(١) انظر: المبدع ٤/ ٦٧ وكشاف القناع ٣/ ٢٣٥ والإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٧٤.
(٢) انظر: تملة المجموع للسبكي ١١/ ٥٣٥.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٤٥.
(٤) انظر: الفروق للكرابيسي ١/ ١٩٦.

خيار الشرط منافيًا لطبيعة هذه العقود[١]. وهذه العقود هي التي تشير إليها هذه القاعدة الذي عَبَّر عنه بعض أهل العلم بقوله: «خيارُ الشرط يُبطل كلَّ ما كان التقابض في المجلس شرطًا فيه»[٢].

٢- في الإجارة على عين، لايثبت خيار الشرط، إذا كانت الإجارة على مدةٍ تلي العقد مباشرة كأن يؤجّره الدار شهرًا من الآن بشرط الخيار.

وجه الاستثناء -مع كون عقد الإجارة يعتبر من العقود اللازمة القابلة للفسخ-، أن ثبوت خيار الشرط في هذه الصورة من الإجارة يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار في الحالين، وكلاهما غير جائز[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٢٤ م ٢٧٩٤ والأشباه للسيوطي ١/٤٥٤ والملكية لأبي زهرة ص ٣٧١ والخيار لعبد الستار أبو غدة ١/٢٤٤

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٠٤.

(٣) انظر: المبدع ٤/٦٧ وكشاف القناع ٣/٢٣٥ والإنصاف ٤/٣٧٤



رقم القاعدة: ١٠٢٤

نص القاعدة: عُقُودُ الْمُعَاوَضَاتِ لاَ تَصِحُّ مَعَ الْجَهَالَةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلة للعقد[٢].

٢- الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد العقد[٣].

٣- الالتزام بسائر المعاوضات مع الجهالة المتفاحشة لا يصح[٤].

٤- إذا كان عوض العقد مجهولا بطل[٥].

٥- الجهالة تبطل العقد[٦].

٦- جهالة البدل توجب فساد العقد[٧].

٧- جهالة العوض تمنع صحة العقد[٨].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٤١٤.
(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٩٣، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٣٢٨.
(٣) إبراز الضمائر للأزميري ١/٣٣٩.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٤٧.
(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٩/٤٦٠.
(٦) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ١/٣٦٨، وانظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٩١.
(٧) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٦/١٠٤.
(٨) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/١٥.

قواعد ذات العلاقة :

١- المعاوضات يفسد حكمها بالغرر[١]. (أعم).

٢- يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة[٢]. (مكملة).

٣- الأصل في عقود المعاوضات أن يكون العِوَض فيها بقدر القيمة[٣]. (مكملة).

٤- الاختلاف الواقع على ندور لا يضر في عقود المعاوضات[٤]. (مكملة).

٥- الاستثناء في المعاوضات لا تغتفر فيه الجهالة وفي التبرعات تغتفر[٥]. (متفرعة).

٦- اليسير معفو عنه[٦]. (معللة).

٧- لا عقد مع الغرر[٧]. (أعم).

٨- ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد[٨]. (مكملة).

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ١٠٤/٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٣٥/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ١٣٦/٤.

(٤) حاشية الجمل للجمل ٤٦٥/٤، ٤٦٦.

(٥) تلقيح الأفهام للسعيدان ١٨٥/٢.

(٦) المغني لابن قدامة ٦٩/٣، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٣/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٢١٥/٨، نيل الأوطار للشوكاني ١٢٢/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) التقعيد الفقهي للروكي ص٦٣، ٣٦٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الغرر في العقود مانع من الصحة".

(٨) فتاوى قاضيخان لقاضيخان ٢٦٦/٣. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العلم في المجلس كالعلم حالة العقد".

شرح القاعدة :

لقد سبق تعريف (المعاوضات) في قاعدة (المعاوضات يفسد حكمها بالغرر) وخلاصته أنها كل عقد احتوى على عوض من الطرفين، فيخرج ما كان العوض فيه من طرف واحد وهي عقود التبرعات[١].

والجهالة لغة: من جهلت الشيءَ خلاف علمته ومثلها الجهلُ، والجهالةُ أن تفعل فعلا بغير العلم[٢]. والمجهول في استعمال الفقهاء، هو «ما علم حصوله وجهلت صفته كبيع الشخص ما في كمِّه فهو يحصل قطعًا لكنه لا يدرى أي شيء هو»[٣].

وكون عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة، راجع إلى أن من شرطها العلم بالعوض والمعوض والصيغة والأجل وغير ذلك مما ينبني عليه صحة العقد. فهي عقد بصيغة معلومة، من معلوم (أي العاقدين) على معلوم (أي المثمون) بمعلوم (أي الثمن) إلى معلوم (أي الأجل إذا كان من العقود التي يشترط فيها الأجل)، فالجهالة في المعاوضات «إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون... أو بقدره أو بأجله إن كان هنالك أجل. وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه.... وإما من جهة الجهل بسلامته [أي] بقاءه»[٤]. يقول النفراوي: «شرط صحة عقد البيع أو غيره العلم بالمعقود عليه عوضًا ومعوَّضًا»[٥]، ويقول الصاوي: «لابد من كون الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري وإلا فسد

(١) انظر قاعدة: "الغرر في العقود مانع من الصحة" في قسم القواعد الفقهية.

(٢) لسان العرب والقاموس المحيط والمصباح المنير مادة جهل.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٤٣٢.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١١١.

(٥) الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢/٨٠.

البيع، وجهل أحدهما كجهلهما، سواء علم العالم بجهل الجاهل أو لا... فجهل الذات: كأن يشتري ذاتًا لا يدري ما هي. وجهل الصفة: كأن يعلم أنها شاة - مثلا - ويجهل سلامتها من العيوب»[١]. ويقول الرافعي: «الشرط الخامس: كون المبيع معلومًا ليعرف ما الذي ملك بإزاء ما بذل فينفي الغرر، فلابد من العلم بثلاثة أشياء: عين المبيع وقدره وصفته»[٢]. ويقول البهوتي: «لا بد أن يكون الثمن معلومًا للمتعاقدين... لأنه أحد العوضين فاشتُرِط العلم به كالمبيع فإن باعه برقمه أي ثمنه المكتوب عليه وهما يجهلانه أو أحدُهما لم يصح للجهالة، أو باعه بألف درهم ذهبًا وفضة لم يصح لأن مقدار كل جنس منهما مجهول، أو باعه بما ينقطع به السعر أي بما يقف عليه من غير زيادة لم يصح للجهالة، أو باعه بما باع به زيد وجهلاه أو جهله أحدهما لم يصح البيع للجهل بالثمن»[٣].

فالجهالة مفسدة للعقد إن كان من عقود المعاوضات الصرفة باتفاق الفقهاء وإجماعهم؛ لأنها من الغرر الذي يصان هذا النوع من العقود عنه، يقول القرافي: «العقود ثلاثة أقسام: منها ما ينافي مقصوده الجهالة والغرر كالبيع؛ لأن مقصوده تنمية المال، وهي غير منضبطة معهما فلذلك امتنعا فيه إجماعًا»[٤]، ويقول الرملي: «جهالة العوض تفوت مقصود العقد»[٥]. إلا أن الفقهاء لم يشترطوا انتفاء الجهالة من كل وجه؛ وإنما الممنوع منها ما أدى النزاع، إذ «ما كل جهالة تفسد البيع، فإن كثيرًا من الأمور يترك مهملا في البيع، واشتراط الاستقصاء ضرر، ولكن المفسد هو المفضي إلى المنازعة»[٦]، وقد مر في

---

(١) بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/١٥.
(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٨/١٣٤.
(٣) الروض المربع للبهوتي ١/٢١١.
(٤) الذخيرة للقرافي ٤/٣٥٤.
(٥) نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٧٢.
(٦) حجة الله البالغة للدهلوي ١/٦٥٣.

قاعدة: «المعاوضة يفسد حكمها بالغرر» نص الشاطبي الذي بين فيه أن نفي الغرر والجهالة مكمِّل لأصل البيع، فإذا رمنا نفيهما بإطلاق في العقود أدى ذلك إلى تعطيل البيوع بالكلية، وكل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها وإبطاله، فلا يصح اشتراطها عند ذلك(١).

وبناء على هذا الاعتبار قسم الفقهاء الجهالة -كما قسموا الغرر- إلى ثلاثة أقسام:

١- **جهالة فاحشة**: وهي التي تفضي إلى النزاع، فهذه تمنع صحة العقد؛ لأن من شرط صحته أن يكون المعقود عليه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة.

٢- **جهالة يسيرة**: وهي التي لا تؤدي إلى النزاع، وهذه جائزة باتفاق وتصح معها العقود؛ لأن «اليسير مغتفر».

٣- **جهالة متوسطة**: وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة، وهذه محل خلاف بين الفقهاء، هل تلحق بالمرتبة الأولى أو بالثانية؟(٢).

وقد حدد القرافي الحكم الفقهي لكل قسم من أقسام الجهالة فقال: كثير ممتنع إجماعًا كالطير في الهواء وقليل جائز إجماعًا كأساس الدار، ومتوسط اختلف فيه أن يلحق بالأول أو الثاني، فلارتفاعه عن القليل أُلحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل(٣).

والحاصل أن عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة الفاحشة – أي المؤثرة – لأنها تؤدي إلى النزاع، وهذا ما نصت عليه صيغة القاعدة: «الالتزام بسائر المعاوضات مع الجهالة المتفاحشة لا يصح»، يضاف إلى ذلك مخالفة

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢٦، ٢٧، الاعتصام له أيضًا ٢/٦٤٤.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦/١٦٩.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥، ٢/٣٢٣.

الجهالة الفاحشة لمقتضى هذا الصنف من العقود. فلا يصح العقد مع هذا النوع من الجهالة ولو اتفق العاقدان وتراضيًا على ذلك، يقول الزيلعي: «ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد، وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصحِّحًا»[1].

إن منطوق القاعدة يمنع المعاوضات المشتملة على الجهالة، ومفهومها أن عقود التبرعات تجوز مع الجهالة، وهو رأي جمهور العلماء خلافًا للشافعي، وقد قصر الجمهور المنع على ما كان معاوضة محضة اعتمادًا على تفريقهم بين أنواع العقود بالنظر إلى ما أبرمت لأجله، فالعقود بمقاصدها، ومن هنا قسم الفقهاء العقود إلى «أربعة أقسام: قسم مشتمل على المعاوضة كالبيع والإجارة، وغير مشتمل كالهبة والوصية، ومشتمل على طريق التبع لمقصد آخر كالنكاح، مقصده المودة والائتلاف واستبقاء النوع الإنساني في الوجود للعبادة... وغير مقصود أصلا في ذلك التصرف كالطلاق، فإن العوض فيه غير مقصود في أصل النية، ويقع فيه لغرض الفداء من الضرر لا للطلاق، فمنع الشرع من الغرر والجهالة في القسم الأول؛ لأن مقصوده تنمية المال...، وهذا القسم هو الذي ورد فيه النهي عنهما، كنهيه عن بيع الغرر وبيع المجهول، والقسم الثاني يجوز فيه الغرر والمجهول؛ إذ لا غَبْنَ - ولا يحسن - لعدم المعاوضة، وأقل الأحوال أن لا يحصل له شيء، فلا ضرر، والقسم الثالث منع فيه ما عظم من الغرر دون قليله... لأجل اشتراطه في أصله، فلو جوِّز الغرر مطلقًا أهمل الشرط، والرابع يجوز فيه الغرر أكثر من الأول لعدم اشتراط العوض في أصله»[2].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٩٧.

(٢) الذخيرة للقرافي ٧/٣٠، يلاحظ أن القرافي يجعل العقود مرة ثلاثة أقسام ويجعلها أربعة مرة أخرى، ففي هذا النَّص جعل ما لم يشترط العوض في أصله قسمًا رابعًا، بينما مثَّل لهذا القسم في نصٍّ آخر بالخلع وجعله ملحقًا بأحد القسمين الأولين، أي إما أنه تابع في الحكم لقسم المعاوضات الصِّرفة أو لقسم التبرعات الصِّرفة. انظر: الفروق ١/٢٧٧.

وجواز الجهالة في التبرعات دون المعاوضات مندرج تحت قاعدة: «يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات»[١]، ومن تفريعاتها: «يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة»، «الاستثناء في المعاوضات لا تغتفر فيه الجهالة وفي التبرعات تغتفر».

والقاعدة موضوع الصياغة لها تطبيقات كثيرة وانتشر العمل بها عند المذاهب الفقهية المختلفة، إلا أنها ليست على إطلاقها؛ إذ إن الجهالة في بعض العقود - وإن كانت عقود معاوضة - مطلوبة لا ممنوعة، يقول القرافي في الفرق بين قاعدة ما تمنع فيه الجهالة وبين قاعدة ما تشترط فيه الجهالة: «أما ما تفسده الجهالة فهو البياعات - كما تقدم - وكثير من الإجارات، ومن الإجارات قسم لا يجوز تعيين الزمان فيه بل يترك مجهولا، وهو الأعمال في الأعيان كخياطة الثياب ونحوها، لا يجوز أن يعيَّن زمان الخياطة بأن يقول له: اليوم، مثلا، فتفسد؛ لأن ذلك يوجب الغرر بتوقع تعذر العمل في ذلك اليوم، بل مصلحته ونفي الغرر عنه أن يبقى مطلقًا، وكذلك الجُعالة لا يجوز أن يكون العمل فيها محددًا معلومًا؛ لأن ذلك يوجب الغرر في العمل؛ بأن لا يجد ما يبحث عنه في ذلك الوقت ولا بذلك السفر المعلوم، بل نفي الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة فيها، والجهالة في هذين القسمين شرط وإن كانت في غيرهما مانعًا، وها هنا قاعدة شرعية تعرف بجمع الفرق، وهي أن يكون المعنى المناسب يناسب الإثبات والنفي، أو يناسب الضدين ويترتبان عليه في الشريعة، وهو قليل في الفقه، فإن الوصف إذا ناسب حكمًا نافى ضده»[٢]. وقال في موضع آخر: «الجهالة مانعة من صحة عقد البيع والإجارة ونحوهما، وهي شرط في صحة عقد الجعالة والعارية والقراض، فمصلحة هذه العقود اقتضت أن

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٤/٣٣، ٣٤.

يكون الأجل مجهولا... ولذلك لا يجوز تحديد يوم معلوم لخياطة الثوب وغيره من الإجارات التي من قبيل الجعالة؛ لأنه يوجب الغرر فتفوت المصلحة»[(١)]، فقد اقتضت الجهالة الحكم وضده.

أدلة القاعدة:

أولاً: الأدلة العامة ومنها:

١- قول الله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٩]، ووجه الدلالة في الآية أن الله نهى عن أكل المال بالباطل، والجهالة في العقود التي هدف المتعاقدين منها الربح والتملك مآلها بالتأكيد إلى بخس أحدهما حق صاحبه بغير وجه حق وبدون رضًا منه، والرضا شرطُ حلِّ التجارة والجهالة تنافيه فلا يصح العقد معها، بل تبطله وتفسده[(٢)].

٢- أحاديث النهي عن الغرر[(٣)]، والجهالة من أكبر أبواب الغرر.

ثانيًا: الأدلة الخاصة، وهي كثيرة جدًا منها:

١- ما روي عن أبي المنهال عبد الرحمن بن مطعم عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمرٍ فليسلف في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلومإلى أجلٍ معلوم»[(٤)].

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٢/٢٠٦.

(٢) انظر قاعدة: «المعاوضات يفسد حكمها بالغرر» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: هذه الأحاديث في قاعدة: «المعاوضات يفسد حكمها الغرر» في قسم القواعد الفقهية.

(٤) رواه البخاري ٣/٨٥ (٢٢٣٩) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٢٢٦، ١٢٢٧ (١٦٠٤).

٢- حديث جابر بن عبد الله في الصحيحين أنه كان يسير على جملٍ له أعيا، فقال: فأردت أن أسيِّبه فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرًا لم يسر مثله قط، فقال: «بعنيه بوقية» فقلت: لا، ثم قال: «بعنيه» فبعته بوقية واشترطت حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه، فرجعت ثم أرسل في أثري فقال: «أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك ودراهمك فهو لك»[١]. «فجابر لما باع الجمل للنبي ﷺ استثنى منفعة ركوبه إلى أهله، وهذا هو الاستثناء، والعقد هنا عقد معاوضة...، وأقرَّه النبي ﷺ على هذا الاستثناء مما يدل على جوازه...، وقد دل الحديث أيضًا على اشتراط العلم بالمدة المستثناه؛ لأن جابرًا قال: (واشترطت حملانه إلى أهلي) أي هذه المسافة المعلومة فقط»[٢].

٣- الحديث الذي رواه جابر، رضي الله عنه، وغيره أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم[٣].

٤- وردت أحاديث كثيرة في الصحيحين وغيرهما تنهى عن المُحاقلة[٤] والمُزابنة[٥] والمُخاضرة[٦] والمُنابذة[٧] وغيرها من البيوع التي فيها الجهالة والغرر[٨].

---

(١) رواه البخاري ٣/١٨٩-١٩٠ (٢٧١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٢٢١(٧١٥)/(١٠٩).
(٢) تلقيح الأفهام للسعيدان ٢/١٨٥.
(٣) رواه مسلم ٣/١١٧٥ (١٥٣٦) دون قوله (حتى تعلم)، وقد رواه الترمذي ٣/٥٨٥ (١٢٩٠)، والنسائي ٧/٣٧ (٣٨٨٠) به.
(٤) بيع الزرع في سنبله بمثله يابسًا.
(٥) بيع التمر اليابس بمثله رطبًا.
(٦) بيع الثمر قبل بدو صلاحه.
(٧) والمنابذة بأن يجعل المتبايعين النَّبذ بيعًا، فيقول أحدهما: أنبذُ ما معي وتنبذ ما معك، ليشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يعلمان كم مع كل واحد منهما.
(٨) انظر: هذه الأحاديث وغيرها في منتقى الأخبار لمجد الدين ابن تيمية ٥/١٤٥وما بعدها.

ثالثًا : الأدلة العقلية :

١- مخالفة الجهالة لمقصد عقود المعاوضات؛ إذ إن مبنى هذه العقود على المبادلة، لينتفع كل واحدٍ من المتعاقدين بما صار إليه، فالبائع ينتفع بالثمن والمشتري ينتفع بالسلعة، وهذا هو مقصود عقد المعاوضة[١]. قال القرافي «لا يشرع عقد البيع مع الجهالة والغرر؛ لأن مقصوده تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين؛ وذلك بعيد مع الجهالة والغرر، ويكفي أنه غير معلوم ولا مظنون فلا يُشرع البيع»[٢] والعقد حينئذٍ لا تترتب عليه المصلحة المطلوبة بل تصحبه المفسدة المرهوبة.

٢- الجهالة في المعاوضات تفضي إلى النزاع، ثم العداوة والبغضاء، فهي إذن مفسدة للعقد؛ لأن الشارع الحكيم يمنع كل ما من شأنه خرم مبدأ الأخوة والأُلفة بين المسلمين[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- «لو رهن أحدٌ آخر شاتين بثلاثين درهمًا إحداهما بعشرين والأخرى بعشرة، ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن؛ وذلك لأنه لم يبيِّن المقابل بالعشرة من الأخرى، فصار المرهون في حق الضمان مجهولا، وهي جهالة تفضي إلى المنازعة عند هلاك إحداهما، فأوجب فساد العقد»[٤]؛ لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة.

---

(١) انظر: تلقيح الأفهام للسعيدان ٢/١٨٦.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٤٥.

(٣) انظر: اللباب للميداني ١/١٧٨، درر الحكام لعلي حيدر٢/١٩٩، إبراز الضمائر للأزميري ١/٣٣٩.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٧٧.

٢- ينبغي الحذر مما يفعله بعض الباعة في الوزن، وهو أن يكون الموزون قد شحَّ قليلا فيخرجه ويدفعه للمشتري ويزيد عليه شيئًا بغير وزن، فيحصل من ذلك أنه دخل على وزن معلوم وأخذ مجهولا؛ لاحتمال أن تكون تلك الزيادة ناقصة عن حقه أو زائدة عليه؛ فتقع الجهالة في الوزن لعدم تحقُّقه، وذلك لا يجوز للغرر الحاصل المنهي عنه في الشرع الشريف[1].

٣- إذا قال: بعتك ما في هذا العِدل[2] على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا، ولم يفصِّل لكل ثوب ثمنًا، بل قابل المجموع بالمجموع، فإذا هو تسعة أو أحد عشر، فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لأنه يحتاج إلى أن يرد الثوب الزائد، فيتنازعان في المردود، ولجهالة الثمن في فصل النقصان لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المعدوم، وهو مجهول، فيؤدي إلى النزاع[3]؛ وعقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة.

٤- إذا قال البائع للمشتري: «بعتك هذا الثوب بعشرة نقدًا، أو بعشرين نسيئة إلى شهر، فهو فاسد عند أكثر أهل العلم؛ لأنه لا يدري أيهما الثمن، وجهالة الثمن تمنع صحة العقد»[4].

٥- العلم بنصيب كل واحد من الشركاء في الربح شرط، فإذا بقي مبهما ومجهولا، تكون الشركة فاسدة؛ لأن الربح هو المعقود عليه،

---

(١) انظر: المدخل لابن الحاج ٤/٧٥-٧٦.

(٢) العِدْل: المِثْل والنظير والعِدل: نصف الحِمل يكون على أحد جنبي البعير وجمعه أعْدال وعُدول. انظر: تاج العروس للزبيدي ٢٩/٤٤٦، المعجم الوسيط ٢/٥٨٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٨٧.

(٤) شرح السنة للبغوي ٨/١٤٣.

وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[١].

٦- إن كان ماء الشرب يزيد أحيانًا وينقص أحيانًا بحيث لا يأخذه الضبط، ولا يوقف على الحقيقة منه، لم يجز بيعه؛ لأنه مجهول، وبيع المجهول غرر لا يجوز[٢].

٧- لو ترك ميت دارًا فقال سائر الورثة للزوجة: خذي خمسة عشر دينارًا عن كالِئكِ[٣] وميراثكِ في الدار فلا يجوز؛ لأنها لا تدري ما يقع من الدار للعشرة التي هي الميراث إذا كان الكالئ خمسة وبالعكس...[٤]؛ لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة.

٨- إذا استأجر رجل من رجل عملا مضمونًا في ذمته، فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلومًا، فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة[٥]؛ لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة.

٩- إذا باع أحد معلومًا ومجهولا تجهل قيمته فلا مطمَع في معرفته، ولم يقل كل منهما بكذا، كقوله: بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بكذا فلا يصح[٦]؛ لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة.

---

(١) شرح المجلة للأتاسي ٤/٢٦٠.
(٢) انظر: شرح ميَّارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ١/٤٦٥.
(٣) أي الدين الكالئ وهو المؤجل.
(٤) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٤/١٥٨، ١٥٩.
(٥) المجموع شرح المهذب للنووي ١٥/١٠.
(٦) الإقناع لأبي النجا الحجاوي ٢/٧٢.

١٠- إذا باع شخص داره واستثنى سكناها مدة حياته فإن هذه الثنيا لا تصح؛ لأنها مجهولة، والعقد عقد معاوضة، فمن شروط صحتها أن تكون معلومة[١].

د. رحال بالعادل

* * *

(١) تلقيح الأفهام للسعيدان ١٨٦/٢.

رقم القاعدة: ١٠٢٥

نص القاعدة: جَهَالَةُ الصِّفَةِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ في مُعَاوَضِة مَالٍ بما ليس بمالٍ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأصل أن مبادلة ما ليس بالمال جهالة وصفه لا تمنع صحة تسميته[٢].

٢- معاوضة المال بما ليس بمال لا تبطله جهالة البدل[٣].

٣- جهالة وصف البدل في مبادلة المال بما ليس بمال لا يمنع صحة التسمية[٤].

٤- العوض عما ليس بمال ليس بواجب أن يعلم[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد[٦]. (أعم).

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازه ٥/٢٥٧

(٢) انظر: تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٤٦.

(٣) انظر: نزهة النواظر لابن عابدين ص ٤٦٣.

(٤) المحيط البرهاني ٥/٤٢٣.

(٥) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ٢/٣٦٠، ٣٦١.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣/٥٥.

٢- لا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع[١] . (أعم).

٣- عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة بقيدها).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بأحكام الجهالة في عقود المعاوضات، ومعناها أن العقود التي يكون أحد العوضين فيها مالا والآخر لا يكون مالا، فإن جهالة وصف العوض فيها لا تضر، ولا يبطل بها المسمى ولا العقد.

فمجال إعمال هذه القاعدة أحد قسمي عقود المعاوضات؛ وذلك لأن عقود المعاوضات قسمان:

القسم الأول : عقود المعاوضات المحضة، وهي عبارة عن مبادلة مال بمال، كالبيع، والصلح على مال، والإجارة، ونحوها، ويكون المقصود الأعظم منها تحصيل المال.

والقسم الثاني : عقود المعاوضات غير المتمحضة، وهي التي يكون فيها مبادلة مال بما ليس بمال، كالصداق، والفدية في الخلع، والصلح عن القصاص، والجزية، والصلح مع أهل الحرب، ولا يكون المقصود الأساس فيها المال.

وليس المراد بالجهالة هنا مطلق الجهالة – كما يفيده ظاهر بعض الصيغ- وإنما تعني الجهالة غير المتفاحشة[٣]، وهي جهالة الوصف دون جهالة الجنس؛

---

(١) المبسوط ١٢/ ٢١٠. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " ما كان مبناه على التوسع تحتمل فيه الجهالة اليسيرة".

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٤١٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) وهي من الجهالة اليسيرة عند الحنفية. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/ ٢٨٣، تبيين الحقائق٣/ ٩٣، كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ١/ ٢٦٨، العناية للبابرتي ١٣/ ١٠، ١١.

لأن جهالة العوض والبدل في عقود المعاوضات إما أن تكون جهالة الجنس والنوع، وإما أن تكون جهالة الوصف، فجهالة البدل متى كانت جهالة الجنس والنوع منعت صحة التسمية في العقود كلها، سواء كان عقدًا هو معاوضة مال بمال، أو عقدًا هو معاوضة مال بما ليس بمال، فلو تزوجها - مثلا - على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين لم تصح التسمية، وللمرأة مهر مثلها بالغًا ما بلغ؛ لأن جهالة الجنس متفاحشة؛ لأن الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة، وتحت كل نوع أشخاص مختلفة. وكذا الدابة وكذا الثوب؛ لأن اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والحرير والخز والبز، وتحت كل واحد من ذلك أنواع كثيرة مختلفة.وكذا الدار؛ لأنها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع، وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافًا فاحشًا فتفاحشت الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس. وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما إذا تزوجها على فرس أو جمل أوثوب صفته كذا وكذا صحت التسمية، ويكون للمستحق الوسط من جنس ما وقع به العقد.

والأصل أن جهالة العوض تمنع صحة تسميته وتفسد العقد كما في البيع والإجارة؛ لكونها مفضية إلى المنازعة، إلا أنه يتحمل ضرب من الجهالة في بعض العقود استثناءً، وهو جهالة وصف العوض عما ليس بمال، فإنها لا تمنع صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بما ليس بمال، بخلاف ما إذا كانت المبادلة مبادلة مال بمال فلا تغتفر فيها جهالة الوصف أيضًا، فهناك فرق بين معاوضة المال بالمال، وبين معاوضة المال بما ليس بمال، فيما إذا كانت جهالة البدل جهالة وصف[1].

وهذه القاعدة معتبرة عند الحنفية، وهي الصحيح من المذهب عند الحنابلة، ونص عليها ابن تيمية، مع احتمال وجود الاختلاف في بعض

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٢، المحيط البرهاني ٥/ ٤٢٣.

تفاصيلها، وكذلك في قدر الجهالة المغتفرة[١]. قال ابن رجب، رحمه الله تعالى: العقود أنواع: أحدها: عقود التمليكات المحضة كالبيع، والصلح على مال.

قال: «والثاني عقود معاوضات غير متمحضة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ففي صحتها على مبهم من أعيان مختلفة وجهان أصحهما الصحة»[٢].

وقريب من هذا تقسيم القرافي للعقود[٣].

أما الشافعية فقد خالفوا هذه القاعدة، وقالوا باشتراط معرفة العوض في جميع العقود، سواء أكانت من مبادلة مال بمال أو بغير مال، قال الماوردي، رحمه الله تعالى: «كل عقد بطل بجهالة الجنس بطل بجهالة الصفة»[٤].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «لا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع»؛ لأنها تشمل جميع العقود المبنية على التوسع، أما القاعدة التي بين أيدينا فمجالها العام هو قسم واحد من العقود المبنية على التوسع، وهي التي يكون فيها معاوضة المال بغير المال[٥]- كما أسلفنا- ومعظم مسائلها تتعلق بعقد الصلح عن غير المال، والله تعالى أعلم.

---

(١) وتجدر الإشارة هنا إلى أن غير الحنفية أطلقوا في ظاهر ألفاظهم جهالة العوض، ولم يقيدوه بجهالة الوصف، لكن سياق كلامهم في بعض المواضع يفيد - والله أعلم - أنهم يريدون بها جهالة الوصف، لا جهالة الجنس. انظر: مثلا سياق كلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - في القواعد النورانية ٣٥٧/٢ - ٣٦١، الفروق وما معه للقرافي ١٥٠/١.

(٢) قواعد ابن رجب ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(٣) انظر: الفروق وما معه ١٥٠/١، الذخيرة للقرافي ٣٥٤/٤، ٣٠/٧.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١٤٥/١٨. وانظر أيضًا: الفروق للقرافي ١٥٠/١، ١٥١.

(٥) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٧٨٧/٥، المبسوط له ١٣٧/١٥.

أدلة القاعدة:

١- حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قاتل أهل خيبر حتى ألجأهم إلى قصرهم، فغلب على الأرض والزرع والنخل، فصالحوه على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم، ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء، ويخرجون منها... الحديث[١].

٢- عن ابن عباس قال: «صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين، وعارية ثلاثين درعًا وثلاثين فرسًا وثلاثين بعيرًا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها، والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم إن كان باليمن كيد أو غدرة»[٢].

ووجه الدلالة من الحديثين هو أن الحديث الأول أفاد المصالحة مع أهل على مال متميز غير معلوم على التفصيل، والحديث الثاني فيه مصالحة على ثياب مطلقة معلومة الجنس غير موصوفة بصفات السَّلَم.

قال ابن تيمية – رحمه الله تعالى: «فظهر بهذه النصوص أن العوض عما ليس بمال كالصداق والكتابة والفدية في الخلع والصلح عن القصاص والجزية والصلح مع أهل الحرب ليس بواجب أن يعلم كما يعلم الثمن والأجرة»[٣].

٣- ويدل لها من المعقول أن هذه العقود مبنية على المسامحة، و لا

---

(١) رواه أبو داود ٣/١٥٧ (٣٠٠٦)، وابن حبان ١١/٦٠٧ (٥١٩٩).

(٢) رواه أبو داود ٣/١٦٧ (٣٠٤١).

(٣) القواعد النورانية ٢/٣٦٠، ٣٦١.

تجري فيها المشاحة، فلا تفضي جهالة الوصف في العوض إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم[١].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اختلعت من زوجها على مقدار معين من الذهب بدون تحديد وصفه – مثلا - فالخلع جائز وكان للزوج ذهب وسط؛ لأن الجهالة في الصفة لا في الجنس، وجهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في معاوضة مال بما ليس بمال[٢].

٢- يجوز الصلح على بدل القصاص سواء أكان ذلك البدل معلومًا أم مجهولا، بشرط أن تكون الجهالة غير فاحشة بأن كانت الجهالة في وصف المصالح عليه، وإلا فإن كانت فاحشة كما إذا صالح على ثوب أو دار أو دابة غير معينة، فسدت التسمية في الصلح، ووجبت الدية؛ لأنها متفاوتة والجهالة فيها فاحشة[٣].

٣- يصح المهر مع الجهالة غير الفاحشة، بأن يعين جنسه، و إن لم يعين وصفه؛ لأنه مبادلة مال بغير مال، وجهالة الوصف فيه لا تضر[٤].

٤- إذا ادعى رجل على امرأة نكاحًا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع[٥]، ولا بأس بجهالة

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٥٦.

(٢) انظر نظيره في: المحيط البرهاني ٥/٢٥٧. وراجع أيضًا: القواعد النورانية ٢/٣٦٠، قواعد ابن رجب ص ٢٦٦، الذخيرة ٤/٣٥٥، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٣٥ ، ٣٦. وراجع أيضًا المصادر السابقة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٨٣. وراجع أيضًا: القواعد النورانية ٢/٣٦٠، قواعد ابن رجب ص ٢٦٦، الذخيرة ٤/٣٥٥، الفروق للقرافي ١/١٥١.

(٥) الهداية للمرغيناني ٣/١٩٥، بدائع الصنائع ٦/٥٠.

وصف المال المصالح عليه، ويكون لها الوسط من جنس المسمى؛ بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٥- يجوز الافتداء بمال عن يمين توجهت على المدعى عليه ولو علم براءة نفسه ويعد ذلك الافتداء صلحًا، وكذلك جاز الصلح عن مقتضى السكوت من حبس أو تعزير كأن ادعي عليه بشيء فسكت ثم دفع له شيئًا على أن يترك الدعوى[١]، ولا بأس بجهالة وصف المصالح به؛ لأنه مبادلة مال بغير مال فاغتفرت جهالة وصف العوض فيه.

٦- إذا وادع المسلمون أهل الحرب على شيء يأخذونه من أموالهم فإن المصالحة في هذا تكون جائزة، وإن كانت صفة المال مجهولة، بعد معرفة جنسه؛ لأن العوض عما ليس بمال ليس بواجب أن يعلم[٢].

٧- لو اتفق المسلمون مع أهل الذمة على دفع مقدار من المال في الجزية صحت المعاهدة، وإن جهلت عين المال؛ لأن العوض عما ليس بمال ليس بواجب أن يعلم كما يعلم في مبادلة مال بمال[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٥٢/٨، الشرح الكبير للدردير ٣١١/٣، نهاية المحتاج للرملي ٣٢٤/٨، المغني لابن قدامة ٥٢٨/٤، الطرق الحكمية لابن القيم ص١٣٠.

(٢) انظر: شرح السير الكبير ١٧٣٤/٥، القواعد النورانية ٣٦٠/٢.

(٣) انظر: القواعد النورانية ٣٦٠/٢، ٣٦١.

رقم القاعدة: ١٠٢٦

نص القاعدة: ما كانَ مَبْنَاه على التَّوَسُّعِ تُحْتَمَلُ فيه الجَهَالةُ اليَسِيرَةُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الجهالة اليسيرة لا تؤثر في العقد المبني على التوسع[٢].

٢- الجهالة في الصفة عفو في العقود المبنية على التوسع[٣].

٣- لا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع[٤].

٤- جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما بني أمره على التوسع[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في معاوضة مال بما ليس بمال[٦]. (أخص).

---

(١) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/ ٢٤٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٢٨.

(٣) انظر: المبسوط ١٩/ ٣٩.

(٤) المبسوط ١٢/ ٢١٠.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/ ١٧٣٤.

(٦) المحيط البرهاني لابن مازه ٥/ ٢٥٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- مبني الوكالة على التوسع[١]. (بيان).

٣- عقد الصلح مبناه على المساهلة[٢]. (بيان).

٤- الأمان مبني على التوسع[٣]. (بيان).

٥- الخلع مبني على التوسع[٤]. (بيان).

٦- النكاح مبني على التوسع[٥]. (بيان).

٧- الكفالة عقد مبني على التوسع[٦]. (بيان).

٨- العيب اليسير فيما بني على التوسع غير معتبر[٧]. (متكاملة).

٩- عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة[٨]. (قسيمة).

١٠- الغرر في العقود مانع من الصحة[٩][١٠]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

---

(١) المبسوط ١٩/٥٣. وانظر أيضًا: ١٩/١٠٢، ١٢١. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " مبنى التوكيل على التوسعة".

(٢) الفروق للكرابيسي ٢/٢٥٥. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) شرح السير الكبير ١/٣٣٠، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢/٨٠. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " مبنى الأمان على التوسع".

(٤) المبسوط ٦/١٩١.

(٥) انظر: المبسوط ١٢/١٣٣. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "النكاح مبني على المكارمة".

(٦) المبسوط ١٧/١٩٩. وانظر أيضًا: ١٩/١٣٦، ١٧٢، ١٧٧، ٢٠/٥٠، الهداية للمرغيناني٣/٩٠، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/١٨١. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٧) شرح السير الكبير ٣/١٠٨٧.

(٨) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٤١٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) شرح الكوكب المنير لابن النجار ٣/٤٨٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(١٠) هذا بناءً على قول من جعل الغرر والجهالة بمعنى واحد.

شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الخاصة بأحكام الجهالة في العقود، وهي من القواعد المتداولة والمشهورة عند الحنفية خاصة، وإن وافقهم في بعض مسائلها سائر الفقهاء أيضًا، كما سيأتي بيان ذلك فيما يلي، إن شاء الله تعالى.

والمراد بالتوسع في هذه القاعدة: المساهلة والمسامحة، بخلاف المشاحة والضيق والمماكسة.

ومعناها: أن العقود التي مبناها على التوسع والمسامحة – وهي التي لم تشرع في الأصل لتحصيل المال[١]- لا تضر ولا تؤثر فيها الجهالة اليسيرة الناشئة عن جهالة صفة المعقود عليه، ويعتبر الشيء معلومًا كأن لم تكن فيه جهالة أصلا.

والأصل أن التسمية لا تصح في العقود مع جهالة الجنس والنوع والصفة؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة، لكن عفي عن الجهالة اليسيرة، فيما كان مبناه على المساهلة والمسامحة، مثل الوكالة والكفالة، وكذلك ما كان فيه معاوضة مال بغير مال كالأمان، والصلح، والخلع والنكاح، ونحوها. وإنما لم تمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود؛ لأنها يجري التسامح فيها فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم والفسادِ باعتباره[٢]، بخلاف ما كان مبنيًا على المشاحة والمماكسة من المعاوضات المحضة، وهي التي يكون المقصود الأساس منها تحصيل المال، مثل البيع والإجارة، فإنه يفسده هذا القدر من الجهالة، كما نصت على ذلك القاعدة الأخرى: «عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة».

فهذه القاعدة تكشف عن أهم وأبرز ما تختلف فيه العقود المبنية على

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/ ١٣٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٩٣.

المسامحة عن العقود المبنية على المشاحة، وهو: أن النوع الأول لا تأثير فيه للجهالة اليسيرة، والقسم الثاني يضره هذا النوع من الجهالة.

والجهالة اليسيرة في هذه القاعدة عبارة عن جهالة غير متفاحشة لا تؤدي إلى النزاع، وقد يعبرون عنها بجهالة الصفة – كما نص عليها في بعض صيغها؛ لأن الجهالة باعتبار جنس الشيء ونوعه وصفته نوعان[(١)]:

جهالة متفاحشة، وهي جهالة جنس الشيء أو نوعه، مثل كونه دارًا أو دابة أو ثوبًا.

وجهالة يسيرة: وهي جهالة صفة الشيء مع كونه معلوم الجنس والنوع، كطن حنطة أو قنطار قطن، دون بيان الوصف[(٢)].

والتعبير بجهالة الصفة عن الجهالة اليسيرة خرج مخرج الغالب، وإلا فإن الجهالة اليسيرة يدخل فيها أيضًا جهالة الأجل والمدة في بعض صورها[(٣)]، وهي ما كان الاختلاف فيها في التقدم والتأخر كوقت الحصاد والدياس والقطاف، وقدوم الحاج، فمثل هذه الجهالة في الأجل تعتبر جهالة يسيرة لا يحفل الناس بها عادة، فلا تمنع صحة العقد المبني على التوسع والمسامحة، أما إذا جهل

---

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك تقسيمًا آخر للجهالة، وهو تقسيمها باعتبار كَمِّها ومقدارها، وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى: جهالة فاحشة، وهي الكثيرة التي لا تغتفر في شيء من العقود. وجهالة يسيرة، وهي عفو في جميع العقود. وجهالة متوسطة، تختلف فيها أنظار الفقهاء: هل تلحق باليسيرة أو الفاحشة – انظر: الموسوعة الفقهية ١٦/١٦٩ – لكن هذا التقسيم ليس هو المراد في خصوص هذه القاعدة، وإن كان يجري في بعض العقود المبنية على التوسع مثل عقد الوكالة، والله أعلم.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٧/٢٦٢. وراجع أيضًا تبيين الحقائق ٣/٩٦، العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٢٩، المحيط البرهاني لابن مازة ٣/٨٨.

وعرف بعضهم الجهالة اليسيرة بأنها: جهالة النوع المحض الذي لا تتفاوت قيم آحاده تفاوتًا فاحشًا. انظر: الدر المختار للحصكفي ٦/٦٣، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٩١.

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/٨٢. وراجع أيضًا البحر الرائق لابن نجيم ٦/٩٦، المبسوط للسرخسي ١٩/١٧٣.

أصل وجودها وتحققها كهبوب الرياح أو نزول المطر فكانت فاحشة؛ لأنا لا ندري هل ينزل المطر وتهب الرياح أو لا[١].

ويتبين مما تقدم أن المراد بالجهالة اليسيرة هنا ليست الجهالة اليسيرة التي لا يمكن - أو يشق - العلم بها، والاحتراز عن حصولها، فتلك الجهالة مغتفرة باتفاق الفقهاء[٢]، بناءً على أن «اليسير مغتفر»[٣]، وأن «كل ما شق الاحتراز منه يعفى عنه»[٤].

والقاعدة من القواعد المتداولة بلفظها عند الحنفية – كما سبقت الإشارة إليه آنفًا – لكن أخذ بمقتضاها غيرهم من الفقهاء أيضًا في بعض المسائل، من ذلك مثلا:

-ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه «لا يشترط في عوض الخلع أن يكون معلومًا ومقدرًا، ونصوا عل صحة الخلع مع جهالة العوض، وخالفهم في ذلك الشافعية»[٥].

-ومن ذلك أيضًا أن جهالة الصفة فيما كان معاوضة مال بغير مال مغتفرة عند كثير من الفقهاء[٦]. بل يفهم من كلام القرافي أن مذهب المالكية غير بعيد عن مذهب الحنفية في هذه القاعدة، قال: «انقسمت التصرفات عنده [يعني الإمام مالكًا] ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة فالطرفان:

أحدهما: معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٥٤/٦، ١٨٥/٧، الجوهرة النيرة للحدادي ٢٦٨/٢.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ١٦٩/١٦.

(٣) الذخيرة للقرافي ٢٤/٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٠/٢.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ١٥٨/١.

(٥) الموسوعة الفقهية ٦٧/٣١.

(٦) انظر قاعدة: «جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في معاوضة مال بما ليس بمال».

عادة كما تقدم أن الجهالات ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة.

وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء، فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه... أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول...

وأما الواسطة بين الطرفين: فهو النكاح [كذا هنا وفي تهذيب الفروق كالنكاح] فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودًا، وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه فلو وجد الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد...» إلخ[(١)].

ومع أن الشافعية لم يفرقوا في بطلان العقد بجهالة بين عقد وآخر، وقالوا: «كل عقد بطل بجهالة الجنس بطل بجهالة الصفة»[(٢)]. إلا أنهم - أو بعضهم - علل صحة العقد مع الجهالة بكونه مبنيًا على التوسع والمساهلة، مثل قولهم: «الوصية مبنية على المساهلة، فتصح بالمجهول، والنجس، وغير ذلك»[(٣)]، وقولهم أيضًا: «...وتصح العارية، على وجه؛ لأن أمرها على التوسعة والإرفاق، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام، بخلاف الإجارة، فإنها عقد مغابنة، فهذا عمدة الأصحاب»[(٤)]. وقالوا أيضًا: إن عقد الأمان ينعقد

(١) الفروق للقرافي مع حاشيتي ابن الشاط والمالكي ١/١٥١.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٨/١٤٥. وانظر أيضًا: الفروق للقرافي ١/١٥٠.
(٣) روضة الطالبين للنووي ٥/٣٣١.
(٤) المصدر السابق ٥/١٩٩.

ولو بالتعليق بالغرر «كقوله: إن جاء زيد فقد أمنتك؛ لبناء الباب على التوسعة لحقن الدم»[١].

أدلة القاعدة:

١- حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري له به أضحية... الحديث[٢]. ومثله في حديث عروة البارقي، رضي الله عنه[٣].

وجه الدلالة من الحديثين هو أن الجهالة اليسيرة لو كانت مانعة من صحة التوكيل لما فعله الرسول ﷺ؛ لأن جهالة الصفة في الموكل فيه لا ترتفع بذكر الأضحية وقدر الثمن[٤] فدل ذلك على أن هذه الجهالة مغتفرة هنا، ويقاس على الوكالة سائر العقود المبنية على التوسع.

٢- إن في اشتراط العلم بالصفة وعدم الجهالة اليسيرة حرجًا ومشقة، فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعةً ضيقًا وحرجًا، وذلك خَلَف باطل[٥].

٣- ولأن الجهالة لا تبطل العقود لعينها، وإنما تبطلها لمعنى فيها، وهو حصول المنازعة، والعقود المبنية على التوسع لا تجري المنازعة فيها مع الجهالة اليسيرة، فإذا انتفى احتمال وقوع النزاع انتفى حكم الجهالة[٦]؛ لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

---

(١) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٢/٣٠٧.

(٢) رواه أبو داود ٤/١٣٦ (٣٣٧٩)، والترمذي ٣/٥٥٨ (١٢٥٧) واللفظ له، وقال: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٠٧ (٣٦٤٢).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩/٣٩، بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٣.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/١٣٩، العناية للبابرتي ١١/١٠٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٣، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٣٢، الموسوعة الفقهية ٢٧/٣٥٣.

تطبيقات القاعدة:

١- لو وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فأيتهما زوجه جاز؛ لأن التوكيل مبني على التوسع فهذا القدر من الجهالة لا يمنع صحته[١].

٢- إذا دفع إليه مبلغًا من المال وأمره بأن يشتري له ثيابًا لم تصح الوكالة حتى يبين له الجنس؛ لأن الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس لا تصح الوكالة، لكن لو سمى الموكل ثوبًا مصريًّا - مثلا - أو غيره، جاز؛ لأن الجنس صار معلومًا وإنما بقيت الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبينة على التوسع والوكالة بهذه الصفة[٢].

٣- لو قال: وكلت هذا أو هذا ببيع هذا الشيء فباعه أحدهما جاز استحسانًا؛ لأن هذه الجهالة يسيرة مستدركة وهي تحتمل فيما هو مبني على التوسع[٣].

٤- إذا اختلعت منه بمال مؤجل فهو جائز إذا كان الأجل مجهولا جهالة يسيرة مثل مجيء وقت الحصاد والدياس، أو استلام الراتب الشهري - مثلا - لأن مثل هذا القدر من الجهالة لا تمنع صحة الأجل خصوصًا في العقد المبني على التوسع كالخلع[٤].

٥- لو تزوجها بعشرين ألف درهم - مثلا - إلى وقت الحصاد أو نحو ذلك من الأجل المجهول جهالة يسيرة صحت التسمية؛ لأن عقد النكاح مبني على التوسع، ومثل هذه الجهالة في الأجل لا يمنع صحة

---

(١) المبسوط ١٩/١٢١.
(٢) انظر: المبسوط ١٢/٢١٠. وانظر أيضًا: ١٩/٣٩.
(٣) انظر: المبسوط ١٩/٥٥. وانظر أيضًا: ١٠/١٠٢.
(٤) انظر: نظيره في المبسوط ٦/١٩١.

التسمية في الصداق استحسانًا[١]. وكذلك لو تزوجها على شيء معلوم الجنس مجهول الصفة تصح التسمية - ويكون لها الوسط من المسمى – لبناء النكاح على المكارمة والتسامح[٢].

٦- لو كفله بالنفس أو المال إلى الحصاد والدياس أو إلى الجذاذ أو نحوها فهي جائزة إلى الأجل الذي سمي؛ لأن ما ذكر من الأجل وإن كان فيه نوع جهالة فهي جهالة مستدركة متقاربة فإن الدياس والحصاد يتقدمان في الحر وتأخرهما بامتداد البرد فتكون متقاربة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة؛ لأنها مبنية على التوسع[٣].

٧- لو قال: تكفلت بما لك على فلان، أو أحد هذين الشخصين، أو قال له: تكفلت عنك بما يدركك في هذا البيع، أو قال له: كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان - وهي خطأ -كان جائزًا؛ لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة عند جمهور الفقهاء؛ لأنها مبنية على التوسع[٤].

٨- إن قسمة الغنائم مبنية على التوسع[٥]، فمقتضى هذه القاعدة أن لا يؤثر وقوع جهالة يسيرة فيها.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: المبسوط ١٠/٨.

(٢) هذا عند الحنفية والمالكية، خلافًا للشافعية الذين قالوا: إن جهالة الوصف تضر. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٢٦٢/٧، ٢٦٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٧٢/١٩.

(٤) انظر: المبسوط ١٧٧/١٩، ١٢٨/٢٠، العناية ٥٥/١٠، ٧١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٩١/٧، الفقه الإسلامي وأدلته ١٤٧/٥.

(٥) انظر: شرح السير الكبير ١٠٨٧/٣.



رقم القاعدة: ١٠٢٧

نص القاعدة: يُغْتَفَرُ فِي التَّبَرُّعَاتِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الـمُعَاوَضَات[١].

ومعها :

١- الغرور لا يثبت الرجوع في عقود التبرعات[٢].

٢- عقود التبرعات يصح الاستثناء فيها ولو كان مجهولا[٣].

٣- يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة[٤].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- مبنى التبرع على المساهلة[٥] .

٢- التبرع أوسع من المعاوضة[٦].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ١٦٦/٣، مغني المحتاج ٣٢٨/٤.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ١٤٥/٥.

(٣) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ١٢٥، نسخة مرقونة.

(٤) تحفة المحتاج ٢٣٧/٦، نهاية المحتاج ٣٦١/٥، إعانة الطالبين للبكري ١٨٨/٣.

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥٩/٤، ٦٠.

(٦) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ١٧٣/١١.

٣- عقود التبرعات مبناها على المسامحة، وعقود المعاوضات مبناها على المشاحة[١].

٤- عقود التبرعات أوسع من عقود المعاوضات[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- المعاوضات أقوى من التبرعات[٣]. (مكملة).

٢- ما على المحسنين من سبيل[٤].(أعم منها في شطرها الأول).

٣- لا لزوم على المتبرع[٥]. (أخص).

٤- التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد[٦].(أخص).

٥- كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر[٧]. (أخص).

٦- لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع[٨]. (أخص).

٧- لا ضمان على المتبرع[٩]. (مكملة).

---

(١) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ٦٤، القاعدة التاسعة، نسخة مرقونة.

(٢) العقد الثمين للمشيقح ص ٢٥٨. ط. الأولى، مكتبة الرشد.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٩.

(٤) القاعدة نص آية من [سورة التوبة-٩١]، وانظرها في: أحكام القرآن للجصاص ٣/٢١١، ٢١٢، تفسير القرطبي ٨/٢٢٧، بدائع الصنائع ٦/٢١٧، المحلى ٣/٧٠، البحر الزخار ٣/٣١١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الهداية مع العناية ١/٤٥٥، تبيين الحقائق ١/١٧٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الذخيرة البرهانية لابن مازة ٥/٥٧٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) النوازل الصغرى للوزاني ٣/٢٨٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٢٧.

(٩) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣١٣، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١/٣٤٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٨- يُسْمَحُ في باب القرض فيما لا يُسْمَحُ فيه في باب المبادلة[١]. (أخص).

٩- باب الكفالة أوسع من البيع[٢]. (أخص).

١٠- الوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها[٣]. (أخص).

شرح القاعدة:

التبرع هو: تمليك المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل من غير مقابل[٤]، كالهبة والإعارة، ويكون المقصود به البر والمعروف غالبًا.

والعقود إما أن تكون معاوضة أو تبرعًا، فأما عقود المعاوضات فهي التي يبذل فيها العوض من المتعاقدين؛ فيأخذ فيها كل من الطرفين شيئًا، ويعطي شيئًا، كعقد البيع والإجارة والسلم والمساقاة والمزارعة، وأما عقود التبرعات فهي القائمة على أساس التعاون والمساعدة من أحد الطرفين دون مقابل من الطرف الآخر؛ كالوقف والوصية والهبة.

ومعنى القاعدة أن الشرع يتسامح في عقود التبرعات المبنية على البر والإحسان ما لا يتسامح في عقود المعاوضات، فلا يشترط في عقود التبرعات ما يشترط في عقود المعاوضات من وجود المعقود عليه والقدرة على تسليمه والعلم به عينًا وقدرًا وصفة بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين، وغير ذلك مما ينبني عليه صحة العقد، فيجوز - مثلا - هبة المعدوم والمجهول، وغير ذلك من الأمور التي تغتفر في التبرعات دون

---

(١) المعيار المعرب للونشريسي ٥/٢٠.

(٢) انظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٢٩٨.

(٣) تبيين الحقائق ٤/٨٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٥٤. ووردت في الفتاوى الفقهية الكبرى ٤/٤١ بلفظ: "التعليق والجهل والإبهام لا يضر في الوصية، لكونها من التبرعات".

(٤) انظر: الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص٤٣٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/٦٥.

المعاوضات؛ وذلك لأن عقود التبرعات مبناها على المسامحة؛ لأن صاحبها لا يريد بما يعطيه عوضًا وإنما يريد بها القربة والتودد، فيتساهل فيها ترغيبًا في فعلها والحث على القيام بها، بخلاف عقود المعاوضات التي مبناها على المشاحة، فكل واحد من المتعاقدين يريد حقه كاملا دون نقصان؛ لأنه يدفع مقابلا عليه.

وهذه القاعدة تمثل مظهرًا من مظاهر التيسير ورفع الحرج عن العباد؛ من حيث إنها تفرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات في الأحكام، فيُتساهل في التبرعات ما لا يُتساهل في المعاوضات، مراعاة لحاجة الناس، ودفعا للضرر والمشقة عنهم؛ قال القرافي في الفرق بين قاعدة القرض وقاعدة البيع: «اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: قاعدة الربا إن كان في الربويات؛ كالنقدين والطعام، وقاعدة المزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات، وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد»[1].

وهي لها أهمية كبيرة في أبواب التبرعات ومعالجة كثير من مسائلها، ويظهر ذلك من القواعد المتفرعة عنها والأمور التي نص الفقهاء على اغتفارها والتسامح فيها في عقود التبرعات وهي:

الأول: أن المتبرع لا يُلزم بإتمام تبرعه، ولا يجبر على إكماله، كما تقرره قاعدة: «لا لزوم على المتبرع»[2]؛ فمن أعار غيره شيئًا، وضرب له فيه أجلا، فإنه لا يلزمه انتظار انتهاء الأجل للمطالبة به، بل له أن يطالبه به متى شاء؛ لأنه متبرع ولا لزوم على متبرع.

---

(١) الفروق للقرافي ٢/٤.

(٢) الهداية مع العناية ١/٤٥٥، تبيين الحقائق ١/١٧٤.

الثاني: أن التبرع لا يفسد بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط ويصح العقد؛ فلو وهب شخص لآخر سيارة، واشترط عليه أن لا يبيعها، أو أن لا يركبها فالهبة صحيحة والشرط باطل؛ كما هو مقرر في قاعدة: «التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد»[1].

الثالث: أن التبرع لا يؤثر فيه وجود بعض الموانع الشرعية التي تمنع صحة المعاوضة؛ كالغرر والجهالة، كما هو مفصل في قاعدة: «كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر»[2].

الرابع: أن التبرع لا يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب؛ إذ أن: «صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقًا في المعاوضة دون التبرع»[3]، وبناء عليه لا يكون التبرع سببا لوجوب الضمان على المتبرع؛ كما تقرره القاعدة الفرعية: «لا ضمان على المتبرع»[4].

الخامس: أن الاستثناء في عقود التبرعات يصح ولو كان مجهولا؛ فمن قال لغيره وهبت لك هذه المكتبة إلا بعضها صحت الهبة مع جهالة الاستثناء، كما هو مفصل في قاعدة: «عقود التبرعات يصح الاستثناء فيها ولو كان مجهولا»[5].

والقاعدة محل إعمال عند جمهور الفقهاء في كافة عقود التبرعات الناقلة لملكية الأعيان أو المنافع وعقود التوثيق، بل لم يخل مذهب فقهي من تطبيقها

---

(١) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٥/٥٧٩، البناية للعيني ٥/٣٠٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ١١/١٠٩.

(٤) فتح القدير ٣/٣١٣، تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٣٤٤.

(٥) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص١٢٥، نسخة مرقونة.

على بعض العقود أو الفروع أو من قول جار على بعض متعلقاتها، وأوسع الناس تفريعًا عليها وأخذًا بها هم الحنفية والمالكية، إلا أن مجالها الأوسع عند الحنفية هو عقود التبرعات المقترنة بالشرط الفاسد، وأما المالكية فمجالها الأوسع عندهم هو عقود التبرعات المشتملة على الغرر.

أدلة القاعدة:

النصوص الواردة في اغتفار الغرر والجهالة في عقود التبرعات[1]، ومن ذلك ما رواه أنس بن مالك، رضي الله عنه، قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة، وليس بأيديهم، يعني شيئًا، وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمئونة، وكانت أم أنس بن مالك - وهي تدعى أم سليم - أعطت رسول الله ﷺ عذاقًا لها[2]، فأعطاها رسول الله ﷺ أم أيمن مولاته أم أسامة بن زيد فلما فرغ رسول الله ﷺ من قتال أهل خيبر وانصرف إلى المدينة رد المهاجرون إلى الأنصار منائحهم التي كانوا منحوهم من ثمارهم، قال: فردّ رسول الله ﷺ إلى أمي عذاقها وأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه»[3].

قال القرطبي: «هذا الحديث يدل على جواز هبة المجهول؛ فإن الثمرة - في هبة أم سليم لرسول الله ﷺ - مجهولة، ولا وجه لمنع ذلك؛ إذ لا يؤدي إلى فساد في عوض، ولا إلى غرر في عقد؛ لأن هذه الهبة إن قصد بها الأجر؛ فهو

---

(١) انظر: هذه النصوص والأدلة في قاعدة: "كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر " في قسم القواعد الفقهية.

(٢) قال النووي في شرحه على مسلم ٩٩/١٢: "لما قدم المهاجرون آثرهم الأنصار بمنائح من أشجارهم، فمنهم من قبلها منيحة محضة – ومن ذلك فعل أم سليم مع رسول الله ﷺ، ومنهم من قبلها بشرط أن يعمل في الشجر والأرض وله نصف الثمار، ولم تطب نفسه أن يقبلها منيحة محضة، هذا لشرف نفوسهم وكراهتهم أن يكونوا كلا ".

(٣) رواه البخاري ١٦٥/٣ (٢٦٣٠)، ومسلم ١٣٩١/٣ (١٧٧١).

حاصل بحسب نية الواهب، وصل الموهوب لتلك الهبة أو لا، وإن أراد المحبة والتودد؛ فإن حصلت الهبة للموهوب حصل ذلك المقصود، وإلا فقد علم الموهوب له اعتناء الواهب به، وإرادة إيصال الخير له»[١]، فدل ذلك على أن عقد الهبة لا يشترط فيها ما يشترط في المعاوضات، ويقاس على الهبة غيرها من عقود التبرعات.

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- من وهب لرجل موروثه من فلان وهو لا يدري كم هو، سدس أو ربع، فذلك جائز؛ لأنه تبرع، والغرر مغتفر في التبرعات[٢].

٢- لو أوصى فقال: ما تنتج شجرتي من الثمار مدة معينة فهو لفلان صحت الوصية، وإن كانت الثمرة معدومة في الحال؛ لأن باب التبرعات يغتفر فيه ما لا يغتفر في باب المعاوضات[٣].

٣- إذا قال: أوصيت بثمرة بستاني لبني فلان عشر سنين ثم بعد مضيها يكون الأصل والثمرة لفلان صحت الوصيتان، وإن كانت الثانية معلقة بمضي الأولى؛ وذلك لأن التعليق والجهل والإبهام لا يضر في الوصية؛ لكونها من التبرعات[٤].

٤- إذا وهب الدين لغير من عليه الدين وأمره بالأخذ جاز، وإن كان غير مقدور على إقباضه وتسليمه؛ وذلك لأنه يغتفر في باب التبرعات ما

---

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي ٥٩١/٤.
(٢) انظر: المدونة ٣٩٧/٤، التاج والإكليل للمواق ٦/٨، مواهب الجليل ٥١/٦.
(٣) انظر: فتح القدير ٥٢٤/٦، حاشية الشلبي على التبيين ١٠٢/٥، الإنصاف للمرداوي ٢٥٢/٧.
(٤) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى ٤١/٤.

لا يغتفر في باب المعاوضات[١].

٥- هبة الكلب المأذون في اتخاذه؛ ككلب الصيد جائزة؛ لأن باب التبرع أوسع من باب المعاوضة[٢].

٦- إذا ضمن طرف ثالث[٣] - أي غير المضارب ورب المال- ما يقع من خسارة أو تلف في رأس المال في عقد المضاربة فإنه جائز وإن كان حصول الخسارة ومقدار ما يحصل منها مجهولا؛ لأنه من قبيل التبرع من ذلك الطرف، والجهالة في التبرعات مغتفرة[٤].

٧- تجوز هبة المسلَم فيه قبل قبضه لغير من هو عليه، ويغتفر ما فيه من الغرر؛ لأن الهبة من عقود التبرعات، ومبنى التبرعات على المسامحة[٥].

٨- إذا ضمن الضامن ما يجب على التاجر للناس من الديون بسبب معاملته في السوق- وهو ما يعرف بضمان السوق- جاز ذلك مع أنه مجهول؛ لأن الضمان من عقود التبرعات التي يقصد بها الإحسان دون أخذ العوض فاغتفرت فيه الجهالة[٦].

---

(١) انظر: الأسئلة والأجوبة الفقهية للسلمان ٢٦/٧. وانظر أيضًا: بدائع الصنائع ١١٩/٦.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٨/٤، الشرح الممتع لابن عثيمين ١٧٣/١١.

(٣) أما إذا اشترط المضارب ضمان ما يقع من خسارة أو تلف في رأس المال فالشرط باطل؛ لأن عقد المضاربة من عقود الأمانات فلا يضمن المضارب إلا بالتعدي أو التقصير.

(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٩/٣/١٣، بحث القراض أو المضاربة المشتركة للدكتور عبد الستار أبوغدة، فتاوى مجموعة البركة، الفتوى رقم: ١٠٧.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٠٩/٥. وللحنابلة في ذلك روايتان، والقول المذكور هو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين ابن تيمية كما قاله المرداوي في الموضع السابق.

(٦) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٩٤/٥، ٣٩٥، المبدع ١٣٩/٤، كشاف القناع ٣٦٧/٣.

٩- إذا قال شخص لآخر: إنني وكلتك في الأمر الفلاني بشرط أن تبرئني من الدين، فقبل الوكيل بذلك فالوكالة صحيحة ولكن الشرط لغو؛ لأن التبرعات يغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات[١].

١٠- يجوز رهن الثمرة والزرع قبل بدو صلاحهما مع ما فيه من الغرر؛ لأن عقود التوثقة في حكم التبرعات، ويغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات[٢].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

١٠٢٨- نص القاعدة: الْغُرُورُ لَا يُثْبِتُ الرُّجُوعَ فِي عُقُودِ التَّبَرُّعَاتِ[٣].

ومن صيغها:

عقد التبرع لا يثبت به الغرور[٤].

شرح القاعدة:

الغرور في اصطلاح الفقهاء: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه[٥].

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٨٦/١.
(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥٣٨/٦، شرح الخرشي على خليل ٢٣٦/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٣٣/٣، العقد الثمين للمشيقح ص ٢٧٥.
(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ١٤٥/٥.
(٤) انظر: شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٤٨١.
(٥) المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٦٣/١. وهذا التعريف يختص بالغرور في العقود، وهو المقصود في القاعدة، مع أن الغرور قد يكون في غير العقود من التصرفات، كحمل شخص على سلوك طريق باعتبار أنه آمن، والحقيقة خلاف ذلك.

والأصل في الغرور أنه يوجب الضمان وأن المغرور يرجع على الغار بما ضمن، لأن «غرمه كان بسبب غروره، والقياس والعدل يقتضي أن من تسبب إلى إتلاف مال شخص أو تغريمه أنه يضمن ما غرمه، كما يضمن ما أتلفه؛ إذ غايته أنه إتلاف بسبب، وإتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان»(١). إلا أن القاعدة التي بين أيدينا تستثني عقود التبرعات من هذا الأصل، وتبين أن الغرور فيها لا يؤثر ولا يوجب الرجوع.

ومعنى القاعدة: أن الغرور إذا وقع ضمن عقد من العقود التي لا عوض فيها؛ كالهبة أو الصدقة والرهن ونحوها، فلحق المغرور بسببه غرم فليس له الرجوع بما غرم أو تحمل من مسؤولية على من غره، كما لو وهب لصاحبه شاة، فأخذها وذبحها لحاجته إلى لحمها ثم تبين أنها ليست للواهب فلمستحقها أن يضمّن الموهوب له، وليس له أن يرجع على الواهب؛ وذلك "لأنه هو المتلف، وإليه عادت منفعته، فكان قرار الضمان عليه»(٢)؛ لأن المتلف مباشر «والمباشرة مقدمة على السبب»(٣).

وعدم الرجوع على الغار في التبرعات مقيد بأن يكون الغرور في عقد يعود نفعه إلى القابض؛ كالهبة والصدقة والعارية، أما إذا كان في عقد يرجع نفعه إلى الدافع؛ كالوديعة فللمغرور أن يرجع إلى الغار؛ فلو أودع أحد مالا عند آخر على أنه ملكه فظهر له مستحق بعد أن تلف في يد المستودع وضمّنه المستحق بدل الوديعة، فللمستودع الرجوع بما ضمنه على المودع؛ لأن منفعته تعود إليه(٤).

---

(١) إعلام الموقعين ٢/٣٥، ٣٦.

(٢) المنثور ١/١٣٤، ١٣٥، أسنى المطالب ٢/٣٤٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/١٥.

(٣) المنثور ١/١٣٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٧٠.

(٤) انظر: الأشباه لابن نجيم ص ٢١٥، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٤٥٤، درر الحكام لعلي حيدر ١/٨٢٧.

والقاعدة لم ترد بلفظها إلا عند الحنفية، ووافقهم الإمام الشافعي في أحد الوجهين كما يظهر ذلك من تعليله بمعنى القاعدة في الأم، إلا أنه خير المستحق في تضمين من شاء منهما؛ حيث جاء في كلامه في الأم: إذا وهب الرجل للرجل طعاما فأكله الموهوب له أو ثوبا فلبسه حتى أبلاه وذهب؛ ثم استحقه رجل على الواهب فالمستحق بالخيار في أن يأخذ الواهب؛ لأنه سبب إتلاف ماله، أو يأخذ الموهوب له بمثل طعامه وقيمة ثوبه؛ لأنه هو المستهلك له، فإن أخذه به فقد اختلف في أن يرجع الموهوب له على الواهب، وقيل لا يرجع على الواهب؛ لأن الواهب لم يأخذ منه عوضا فيرجع بعوضه، وإنما هو رجل غره من أمر قد كان له أن لا يقبله. قال: وإذا تكارى الرجل من الرجل ثوبًا شهرًا أو شهرين فلبسه فأخلقه ثم استحقه رجل آخر أخذه وقيمة ما نقصه اللبس من يوم أخذه منه، وهو بالخيار في أن يأخذ ذلك من المستكري اللابس أو من الآخذ لثوبه. فإن أخذه من المستكري اللابس رجع به على المكري؛ لأنه غره من شيء أخذ عليه عوضًا، وإنما لبسه على أن ذلك مباح له بعوض[1]، والأصل عند الشافعية في ذلك هو أن المغرور يرجع بالضمان على الغار ما لم يلتزم ضمان الشيء المتلف بالعقد أو يباشر الإتلاف[2]، ونص الإمام الشافعي على أن: «كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع به عليه»[3].

وكذلك ورد التعليل بمقتضاها عند بعض المالكية؛ كما جاء في المدونة: «قلت - أي سحنون لابن القاسم-: أرأيت إن استعرت من رجل ثوبًا شهرين لألبسه، فلبسته شهرين فنقصه لبسي، فأتى رجل فاستحق الثوب، والذي أعارني الثوب عديم لا شيء له، أيكون للذي استحقه أن يضمنني ما نقص لبسي

(١) انظر: الأم للشافعي ٣/٢٦٢، ٢٦٣.

(٢) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي ١١/٣٤٤، تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٦/٥٢.

(٣) الأم للشافعي ٦/٢٧١.

الثوب؟ قال: نعم في رأيي، مثل ما قال مالك في الاشتراء. قلت: فإن ضمّنني، أيكون لي أن أرجع بذلك على الذي أعارني في قول مالك؟ قال: لا أرى لك أن ترجع عليه بشيء؛ لأن الهبة معروف، ولأنه لم يأخذ لهبته ثوابًا فيرجع عليه بالثواب»(١). وهو رواية عند الحنابلة؛ قال ابن قدامة: «إذا غصب طعامًا، فأطعمه غيره، فللمالك تضمين أيهما شاء، فإن كان الآكل عالمًا بالغصب، استقر الضمان عليه؛ لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالمـًا من غير تغرير، وإن لم يعلم الآكل بالغصب ولم يقل الغاصب: هو طعامي ففيه روايتان؛ إحداهما: يستقر الضمان على الآكل، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد؛ لأنه ضمن ما أتلف، فلم يرجع به على أحد، والثانية: يستقر الضمان على الغاصب؛ لأنه غرَّ الآكل، وأطعمه على أنه لا يضمنه. وهذا ظاهر كلام الخرقي»(٢).

وخالف في ذلك الإمامية فقالوا: «لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر؛ لأنه أقوى إلا مع الإكراه، أو الغرور، فيستقر الضمان في الغرور على الغار، وفي الإكراه على المكره؛ لضعف المباشر بهما فكان السبب أقوى»(٣). فالمغرور عندهم يرجع على من غره في جميع العقود؛ كما قال كاشف الغطاء: «لو قدم لك شخص طعامًا لتأكله مجانًا أو دابة لتركبها ثم ظهر أنها لغيره فله أن يطالبك بالقيمة أو الأجرة، وعليك أن تدفعها له وترجع بما دفعت على من غرّك وأغراك بأنه طعامه وقد بذله لك وهكذا أمثال ذلك في جميع الأبواب»(٤).

(١) المدونة لسحنون ٤/١٨٣، ١٨٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/١٦٩، ١٧٠.

(٣) الروضة البهية للعاملي، المجلد السابع، كتاب الغصب، فصل اجتماع المباشر والسبب في الغصب.

(٤) تحرير المجلة لكاشف الغطا ١/٢٤٨.

ومن تطبيقاتها:

١- لو ضيّف إنسانًا بطعام مغصوب فأكله وجب الضمان على الآكل؛ لأنه المتلف، وإليه عادت منفعته فإن ضمنه لم يرجع على الغاصب؛ لأنه لم يأخذ عليه عوضا[١].

٢- لو أعار أحد ثوبه لآخر فلبسه حتى أبلاه بالاستعمال المعتاد، ثم استحقه مستحق وضمنه المعار إليه فليس له الرجوع على المعير بالشيء الذي ضمنه؛ لأن المعير متبرع، والغرور لا يثبت الرجوع في التبرعات[٢].

٣- من وهب لرجل طعامًا أو إدامًا فأكله، أو عينًا فأتلفه ثم استحقها رجل وضمَّن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن؛ لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه الرجوع[٣].

٤- إذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق ثم جاء المغصوب منه وضمّن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب؛ لأنه عقد تبرع فلا يستحق الموهوب له بصفة السلامة، ولا يوجب الرجوع[٤].

٥- لو رهن شاة بألف ثم تصدق بها المرتهن على أحد دون إذن من الراهن فهلكت في يد المتصدق عليه، فضمّنه الراهن فليس له

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني ٣٧٧/٧، ٣٧٨، أسنى المطالب ٣٤١/٢، ٣٤٢، تحفة المحتاج للهيتمي ١٥/٦، مغني المحتاج ٣٤٣/٣.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١٧٩/٤، تبيين الحقائق ٨٥/٥، الجوهرة النيرة ٣٣١/١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٨٢٧/١، المدونة ١٨٤/٤.

(٣) انظر: الهداية مع العناية ٤٨/٩، الجوهرة النيرة ٣٣١/١، الدر المختار مع رد المحتار ٧٠٥/٥.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٨١/١١، ٨٢.

الرجوع على المرتهن، ما لم يكن الواهب قد ضمن له سلامة الموهوب[١].

التطبيق الثاني من القواعد:

١٠٢٩ - نص القاعدة: عُقُودُ التَّبَرُّعَاتِ يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ فِيهَا وَلَوْ كَانَ مَجْهُولاً[٢].

ومن صيغها:

١- عقود التبرعات تغتفر الجهالة في استثنائها[٣].
٢- الثنيا تصح مع الجهالة في سائر التبرعات[٤].
٣- يجوز في التبرعات استثناء المدة المعلومة والمجهولة[٥].
٤- تغتفر الجهالة في الاستثناء إذا كان العقد عقد تبرع[٦].

شرح القاعدة:

المراد بالاستثناء المعنى اللغوي، وهو مطلق الإخراج لما كان داخلا في صدر الكلام، سواء أكان الإخراج بأداة استثناء؛ كإلا أو إحدى أخواتها، وهو استثناء لفظي، أم كان بغير أداة استثناء؛ كمفهوم الشرط، وكقول المقر: «له الدار، وهذا البيت منها لي»، وهو استثناء معنوي.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٤٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٨٢٧.
(٢) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ١٢٥، نسخة مرقونة.
(٣) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ١٢٧، نسخة مرقونة.
(٤) قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ١٢٦، نسخة مرقونة.
(٥) القواعد والأصول الجامعة للسعدي مع تعليقات ابن عثيمين ص ٢٢٢.
(٦) تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية للسعيدان ٢/٤٤، نسخة مرقونة.

ومعنى القاعدة: أن الاستثناء في عقود التبرعات يصح ولو كان مجهولا، ويقع العقد بما بقي بعد الاستثناء، فلا يشترط في التبرع تعيين المستثنى ولا العلم بقدره ونوعه، ولا تحديد المدة في استثناء المنفعة ونحو ذلك؛ فمن قال لغيره وهبت لك هذا الحائط إلا بعضه صحت الهبة مع جهالة الاستثناء، ويرجع في بيان قدر الاستثناء وتعيينه إلى المستثني، ومن وقف كتبه على طلبة العلم واستثنى الانتفاع بها مدة حياته؛ صح الوقف مع جهالة المدة، وذلك لأن عقود التبرعات يغتفر فيها ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.

والأصل في الاستثناء المجهول أنه يبطل العقد ويفسده؛ لما روى جابر بن عبد الله قال: «نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم»[1]، وسبب ذلك هو أن من شرط صحة العقد أن يكون المعقود عليه معلوما، والمستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا؛ إذ إن «استثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولا»[2]، فمن باع قطيعًا إلا شيئًا منه فسد البيع؛ لأن الاستثناء غير معلوم، فصار المبيع والمستثنى مجهولين، والجهالة تفسد العقد. إلا أن الشارع فرق في ذلك بين عقود المعاوضات والتبرعات فاشترط أن يكون الاستثناء معلومًا في عقد المعاوضة دون التبرع.

وهذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء؛ وذلك لأن استثناء المجهول يؤدي إلى الجهالة والغرر، والجمهور على منع الغرر في التبرعات، وذهب المالكية وابن تيمية ومن وافقهم إلى جواز الغرر في التبرعات، كما هو مفصل في قاعدة: «كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر»[3]، ومقتضى ذلك

---

(١) رواه أبو داود ٣/٢٦٢ (٣٤٠٥)، والترمذي ٣/٥٨٥ (١٢٩٠)، والنسائي ٧/٣٧ (٣٨٨٠)، ورواه مسلم ٣/١١٧٥ دون قوله: «إلا أن تعلم»، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٣.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

جواز الاستثناء المجهول في التبرعات؛ قال ابن تيمية: «يجوز لكل من أخرج عينا من ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها، فإن كان مما لا يصلح فيه الغرر كالبيع فلابد أن يكون المستثنى معلومًا؛ لما روى البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن جابر قال: «بعته - يعني بعيره - من النبي ﷺ واشترطت حملانه إلى أهلي»، فإن لم يكن كذلك؛ كالعتق والوقف فله أن يستثنى خدمة العبد ما عاش سيده أو عاش فلان ويستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف»(١). وقد أعمل الحنفية والشافعية هذه القاعدة في باب الوصية، كما سيظهر ذلك من التطبيقات؛ وذلك لأن «الوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها»(٢)، «لأنها إنما جوزت رفقا بالناس فاحتمل فيها وجوه من الغرر»(٣).

ومن تطبيقاتها:

١- لو وقف عقارًا واستثنى غلتها أو سكناها مدة حياته، صح الوقف والاستثناء مع أن مدة الحياة مجهولة؛ لأن عقود التبرعات تغتفر الجهالة في استثناء منفعتها(٤).

٢- لو وهب رجل لآخر شيئًا ما واستثنى الانتفاع بها إلى أن يموت، صحت الهبة والاستثناء مع الجهالة، وذلك لأن عقود التبرعات تغتفر الجهالة في استثنائها(٥).

٣- يصح أن يوصي برقبة عين كدار ونحوها لشخص ويستثني منفعتها

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٦٨.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٨٤.

(٣) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٣٥.

(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٠٠، القواعد والأصول الجامعة للسعدي مع تعليقات ابن عثيمين ص٢٢٢، ٢٢٣، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية للسعيدان٢/٤٦، نسخة مرقونة.

(٥) انظر: تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية للسعيدان ٢/٤٦، نسخة مرقونة.

لشخصٍ آخر مدة معلومة أو مجهولة؛ لأن الوصية من عقود التبرعات، وعقود التبرعات يغتفر فيها الجهالة[١].

٤- لو أوصى لأحد بثلث ماله إلا شيئًا أو إلا قليلا صحت الوصية مع أن المستثنى مجهول؛ وذلك لأن الوصية تغتفر الجهالة في استثنائها، ويرجع في تفسير المقدار إلى الورثه؛ لأنهم قائمون مقام الموصي[٢].

٥- من تصدق بسيارة على جهة خيرية واستثنى الانتفاع بها مدة مجهولة؛ كقدوم الغائب أو الحصول على وظيفة أو نحو ذلك صحت الصدقة مع جهالة المدة، وذلك لأن التبرعات تغتفر الجهالة في استثنائها.

٦- إذا تصدق بشاة واستثنى أرطالا منها ولم يعين موضعها من المذكى صحت الصدقة مع الجهالة؛ لأن عقود التبرعات تغتفر الجهالة في استثنائها.

التطبيق الثالثة من القواعد :

١٠٣٠- نص القاعدة: يُغْتَفَرُ فِي الْقُرْبَةِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْمُعَاوَضَةِ[٣].

شرح القاعدة :

القربة هي ما يتقرب به إلى الله تعالى من نسك أو صدقة أو عمل صالح[٤].

---

(١) انظر: تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية للسعيدان ٤٦/٢، نسخة مرقونة.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٨٨/٢٨، الفتاوى الهندية ٩٩/٦، أسنى المطالب ٦٣/٣، مغني المحتاج ١١٢/٤.

(٣) تحفة المحتاج ٢٣٧/٦، نهاية المحتاج للرملي ٣٦١/٥، إعانة الطالبين للبكري ١٨٨/٣.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٢٣٥/٨، فتح القدير للشوكاني ٣٩٦/٢.

والمقصود بها في القاعدة القربات المتعلقة بالتبرعات المالية؛ كالنذر والصدقة والوقف.

ومعنى القاعدة: أن التبرعات التي يقصد بها التقرب إلى الله عز وجل؛ كالوقف والصدقة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضة، فقد يجوز التقرب بشيء لا تجوز المعاوضة عليه، وقد يتساهل في بعض الشروط المطلوبة فيما كان قربة دون ما كان معاوضة؛ ولا يؤثر في القربة وجود بعض الموانع الشرعية التي تمنع صحة المعاوضة؛ كالغرر والجهالة؛ وذلك لأن الشريعة تتشوف إلى القربات، فرخصت فيها ما لم ترخص في عقود المعاوضات.

والقاعدة لم ترد بلفظها إلا عند الشافعية، إلا أن مفهومها محل إعمال عند الفقهاء الذين قالوا بأنه يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات، فيجري فيها الخلاف الجاري في أصلها.

ومن تطبيقاتها:

١- لو قال حج عني وأعطيك النفقة التي تنفقها جاز ذلك مع جهالة النفقة؛ لأنه تبرع منه في تحصيل تلك العبادة، وليس إجارة[١]، ويغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة.

٢- يصح النذر بالمجهول والمعدوم والغائب وما فيه خطر؛ كالنذر بما ستحمله هذه الدابة، والنذر بدين السلم لغير من هو عليه، وإن كانت الجهالة تفسد العقد؛ وذلك لأنه عقد تبرع وقربة، ويغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة[٢].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٤٥٢/١، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣٩١/٢.

(٢) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٧٦/١٠، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٨٤/٤، ٢٨٥، بغية المسترشدين للشريف الحضرمي ص ٢٦٨.

٣- يصح وقف فحل للضراب وإن لم تجز إجارته؛ لأنه يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة[١].

٤- يجوز وقف النقود لإقراضها أو لاستثمارها وتوظيف عوائدها في وجوه البر[٢]، وإن كان الأصل في الوقف أنه لا يكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه، والانتفاع بالنقود لا يكون إلا بإنفاقها واستهلاك أصلها، وذلك لأنه عقد تبرع وقربة، ويغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) تحفة المحتاج ٦/٢٣٧، نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٦١.

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي برقم: ١٨١ (١٩/٧).

رقم القاعدة: ١٠٣١

نص القاعدة: كُلُّ مَا كَانَ مِنْ بَابِ المعْرُوفِ لَا يُفْسِدُهُ الْغَرَر[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد وضع للمعروف، وأسس على الإحسان فالأصل ألا يمتنع الغرر فيه[٢].

٢- المعروف لا يؤثر فيه الغرر[٣].

٣- لا أثر للغرر في عقود التبرعات[٤].

٤- كل ما لم يتمحض للمعاوضة فالغرر فيه جائز، على قدر ما فيه من معنى العطية، وإلا لم يجز به[٥].

٥- كل عقد لا ينافي مقصوده الجهالة والغرر، فالأصل ألا يمتنع الغرر فيه[٦].

---

(١) النوازل الصغرى للوزاني ٣/ ٢٨٤.

(٢) القواعد للمقري خ/ ٧٤.

(٣) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/ ٥٦.

(٤) الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٥٢٥.

(٥) الكليات الفقهية للمقري ص ١٢٧.

(٦) القواعد للمقري خ/ ٧٤.

قواعد ذات علاقة :

١- الغرر في العقود مانع من الصحة[١]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- الشيوع لا يبطل التبرع[٢]. (أخص).

٣- الغرر في الهبة لغير الثواب يجوز[٣]. (أخص).

٤- مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل الجهالة[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد بالمعروف هو التبرع، والتبرع عند الفقهاء: «بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض، بقصد البر والمعروف»[٥].

والعقود إما أن تكون معاوضة، أو تبرعًا، فأما عقود المعاوضات فهي التي يكون العوض فيها من المتعاقدين؛ فيأخذ فيها كل من الطرفين شيئًا، ويعطي شيئًا، كعقد البيع والإجارة والسلم والمساقاة والمزارعة، وأما عقود التبرعات فهي القائمة على أساس التعاون والمساعدة من أحد الطرفين دون مقابل من الطرف الآخر؛ كالوقف والوصية والهبة.

ومعنى القاعدة : أن وجود الغرر في عقود التبرعات لا يؤثر في صحتها قليلا كان أو كثيرًا، فلا يشترط فيها ما يشترط في عقود المعاوضات من تعيين المعقود عليه، وبيان نوعه وصفته ومقداره وأجله والقدرة على التسليم ونحو

---

(١) التحبير شرح التحرير للمرداوي ٢٨٩٢/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) العناية مع الهداية ٢٨/٩، البناية للعيني ٢٠٩/٩.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٦/٨.

(٤) الجوهرة النيرة للعبادي ٣١٢/١، وانظرها في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الكفالة عقد مبني على التوسع".

(٥) معجم المصطلحات الاقتصادية لنزيه حماد ص ٩٠.

ذلك؛ فمن وهب ما سوف تثمره نخلته سنتين أو ثلاثًا أو أكثر كان ذلك جائزًا مع ما فيه من الغرر، حيث إنه لا يدرى هل ستثمر هذه الشجرة في العام القادم أم لا، وإذا أثمرت هل ستثمر كثيرًا أو قليلا؛ وذلك لأنه عقد تبرع، وعقود التبرعات لا يؤثر فيها الغرر، إذ الموهوب له لم يبذل شيئًا، فإن أثمرت الشجرة كان غانمًا، وإن لم تثمر لم يغرم ولم يتضرر. أما بيع ما ستثمره الشجرة في العام القادم فإنه لا يجوز؛ لأنه عقد معاوضة، فيكون المشتري على خطر، فقد لا يأخذ شيئًا أو يأخذ أقل مما بذل أو أكثر، فيترتب عليه غالبًا أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل، ويؤدي ذلك إلى النـزاع والخصام.

وسبب اغتفار الغرر في التبرعات هو ما بينه الإمام القرافي بقوله: «إن هذه التصرفات- كالصدقة والهبة والإبراء - لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئًا، بخلاف المعاوضات الصرفة إذا فاتت بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع حثه على الإحسان والتوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول؛ فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعًا، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له بعيره الشارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده؛ لأنه لم يبذل شيئًا، وهذا فقه جميل»[1].

والقاعدة محل خلاف بين الفقهاء؛ وقد أعملها الإمام مالك - رحمه الله - في جميع عقود التبرعات، فتميز بذلك المذهب المالكي على سائر المذاهب، حيث إنهم قسموا العقود إلى ثلاثة أقسام؛ كما قال القرافي: «وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٥١ بتصرف.

والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة، فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة. وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال؛ كالصدقة والهبة والإبراء؛ فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئًا. وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودًا. وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقًا، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [سورة النساء: ٢٤] يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير»[١]. ثم قال القرافي مبينًا تميز الإمام مالك - رحمه الله- في هذا الباب: «وهذا فقه جميل...، والفقه فيه مع مالك، رحمه الله»[٢].

ووافق المالكيةَ على ذلك شيخُ الإسلام ابن تيمية[٣]، وابنُ القيم[٤]. أما المذاهب الأخرى فالغرر عندهم يؤثر في التبرعات من حيث الجملة[٥]، وقد ذكر ذلك القرافي عن الإمام الشافعي فقال: «وردت الأحاديث الصحيحة في «نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول»، واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٥١ بتصرف.

(٢) الفروق للقرافي ١/١٥١ بتصرف.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٩٩.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٢/٨، ٣/٢٩٨.

(٥) انظر: الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة للضرير ص ٤٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/١٥٤.

الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك»[١]؛ إلا أن عامة الفقهاء استثنوا الوصية من ذلك، فلا يؤثر فيها الغرر، ما عدا الظاهرية[٢].

والمذاهب الأخرى مع قولهم بتأثير الغرر في التبرعات إلا أنهم «متفقون على أن تأثير الغرر في غير عقود المعاوضات أخف من تأثيره في عقود المعاوضات»[٣]، على اختلاف بينهم في مدى هذا التأثير، فالشافعية أكثرهم تشدداً في اعتبار الغرر في عقود التبرعات، حتى جعلوه في حكم المعاوضات؛ ويدل على ذلك قولهم في الهبة: «ما جاز بيعه جاز هبته، وما لا - كمجهول ومغصوب وضال - فلا»[٤]، وهو ما قرره ابن تيمية بقوله: «وقاس - الشافعي - على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات»[٥]، إلا أنهم أجازوا شيئًا من الغرر في بعض عقود التبرعات، كما في العارية[٦].

ثم إن تأثير الغرر في التبرعات عند الجمهور يختلف باختلاف العقود والأبواب، فأثره في العقود الجائزة التي لا تؤول إلى اللزوم، والتي يحق لكل من المتعاقدين فسخها والتحلل منها دون توقف على رضا الآخر - كالعارية - أقل منه في عقود التبرعات التي تؤول إلى اللزوم، وباب الوصايا أوسع من أبواب الهبات؛ «فالوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها»[٧]، قال ابن قدامة: «الوصية يتسامح فيها، ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر، وصحت

---

(١) الفروق للقرافي ١/ ١٥٠.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٥٣٨ وما بعده.

(٣) انظر: الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة للضرير ص ٣٨. نشر: البنك الإسلامي للتنمية.

(٤) المنهاج للنووي مع مغني المحتاج ٣/٥٦٣.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/ ٢٢.

(٦) انظر: روضة الطالبين ٤/٤٢٩، مغني المحتاج ٣/٣١٧.

(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٨٤.

للحمل، وبه، وبما لا يقدر على تسليمه، وبالمعدوم والمجهول»[١]؛ «لأن الوصية إنما جوزت رفقًا بالناس فاحتمل فيها وجوه من الغرر»[٢].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه سفينة - مولى أم سلمة - رضي الله عنها قال: «كنتُ مملوكًا لأمِّ سلمة، فقالت لي: أُعتقك، وأشترط عليكَ أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت؟ فقلت: ولو لم تشترطي عليَّ لم أفعل غيره. فأعتقتني، واشترطت عليَّ»[٣].

فاشترطت أم سلمة - رضي الله عنها - منفعة الخدمة مدة حياة النبي ﷺ واستثنته من العقد، وهي مدة مجهولة غير معلومة، ومع ذلك صح العقد، ولم ينكر النبي ﷺ ذلك، فدل ذلك على أن عقود التبرعات يغتفر فيها من الغرر ما لا يغتفر في غيرها. أما إذا كان ذلك في عقد معاوضة - كالبيع - فيشترط فيه علم زمن الاستثناء؛ لأن الثمن يختلف بطول المدة وقصرها[٤].

٢- حديث صاحب كُبّة الشعر، التي أخذها من الغنائم ثم رفعها بيده فقال: أخذت هذه لأصلح بَرذعة لي، - وفي رواية: فقال: يا رسول الله هبها لي فإنا أهل بيت نعالج الشعر، فقال له النبي ﷺ: «أما ما كان لي، ولبني عبدالمطلب فهو لك»[٥].

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٩.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٣٥.

(٣) رواه أحمد ٣٦/٢٥٥(٢١٩٢٧)، وأبو داود ٤/٢٢(٣٩٣٢)، والنسائي في الكبرى ٥/٤١ (٤٩٧٦)، وابن ماجه ٢/٨٤٤ (٢٥٢٦).

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٥٨٧، كشاف القناع ٤/٥٢٣.

(٥) رواه أحمد ١١/٣٣٩ (٦٧٢٩)، وأبو داود ٣/٦٣ (٢٦٩٤)، والنسائي ٦/٢٦٢ (٢٦٨٨) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ وهب الرجل نصيبه ونصيب بني عبد المطلب من كبة الشعر، وهذا النصيب مشاع مجهول، فالحديث نص على جواز هبة المشاع المجهول، وهو عقد تبرع، فدل ذلك على أن الغرر لا يمنع في عقود التبرعات[١].

٣- ما ورد عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكْر صعب لعمر... فقال النبي لعمر: «بعنيه»، قال: هو لك يا رسول الله.. قال رسول الله: «بعنيه»، فباعه...، فقال: «هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت»[٢]، فالحديث نص على جواز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة، حيث إن رسول الله ﷺ اشترى الجمل، وأهداه قبل القبض والتخلية، فدل ذلك على أن عقود التبرعات لا يشترط فيها ما يشترط في المعاوضات[٣].

٤- لأن عقود التبرعات مبناها على الإحسان، حيث إن صاحبها لا يريد بما يبذله عوضًا وإنما يريد به القربة والتودد والنفع، فهي إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئا، وإن حصلت فمكسب له[٤]؛ كما قال الناظم:

لأنَّ ذِي إنْ حَصَلَتْ فَمَغْنَمُ وإنْ تَفُتْ فَلَيس فِيها مَغْرَمُ[٥]

٥- لأن الأصل في العقود الحل والإباحة، حتى يقوم الدليل على المنع، وقد جاءت النصوص مانعة من الغرر في عقد البيع؛ لأنه مظنة

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/٨.
(٢) رواه البخاري في صحيحه ٣/٦٥ (٢١١٥).
(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٨٩.
(٤) انظر: الفروق للقرافي ١/١٥١.
(٥) منظومة أصول الفقه وقواعده لابن عثيمين ص ٢٤٠.

للعداوة والبغضاء وأكل المال بالباطل، وهذا المعنى يتحقق في عقود المعاوضات دون التبرعات التي مبناها على الإحسان، فتبقى على الأصل، وهو الإباحة[1].

تطبيقات القاعدة:

١- تجوز الوصية بالمجهول؛ كالوصية بجزء من ماله، أو ثوب من ثيابه دون تعيين؛ لأن الوصية تبرع محض، فلا تضر فيها الجهالة بالمتبرع به[2].

٢- إذا قال: تكفلت عن فلان بما لك عليه، أو بما يدركك من شيء في هذا البيع، صحت الكفالة مع الجهالة؛ لأن مبناها على التوسع، لكونها من عقود التبرعات[3].

٣- لا يشترط تعيين المستعار عند الإعارة، فلو قال: أعرني سيارة فقال: ادخل المعرض فخذ ما أردت، صحت الإعارة؛ لأنها عقد تبرع[4]، ولا أثر للغرر في عقود التبرعات.

٤- العُمرى - وهي هبة غلّة الأصول طول حياة المعمر - جائزة؛ كأن يقول أعمرتك داري أو ضيعتي أو فرسي أو سلاحي، أو نحو ذلك، ولا يضر الجهل بمدة حياة المعمر؛ لأنها تبرع، فلا يدخلها الغرر[5].

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/١٥١، التاج المذهب ٤/٣٧٢، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة للضرير ص ٤٢.

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير ١٠/٤٤٥، المجموع ٩/٢٧٣، المغني ٦/١٥٠.

(٣) تبيين الحقائق ٤/١٥٣، الجوهرة النيرة ١/٣١٢.

(٤) انظر نظيره في: روضة الطالبين للنووي ٤/٤٢٩، مغني المحتاج ٣/٣١٧.

(٥) انظر: البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥٠، شرح ميارة ٢/١٦١.

٥- لو قال: ما أخذت من مالي فهو لك، أو: من وجد شيئًا من مالي فهو له، أو: وهبت لك ما في بطن هذه الشاة، صحت الهبة مع الجهالة؛ لأنها تبرع ومعروف[١]، وكل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر.

٦- بطاقات التخفيض[٢] التي تمنحها بعض المحلات لبعض زبائنها مجانًا، يجوز الاشتراك بها وإن كان فيها نوع من الغرر، إذ لا يعلم حصول المقصود منها، ولا يعرف مقداره إذا حصل؛ لأن هذه البطاقات تبرع وهبة من البائع، ولا أثر للغرر في عقود التبرعات[٣].

٧- التأمين التعاوني الذي يقصد به أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسئولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، جائز، ولا يضر ما فيه من الغرر، وجهل المساهمين بتحديد ما يعود عليهم من النفع؛ لأنهم متبرعون، ولا أثر للغرر في عقود التبرعات[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٣٤.

(٢) بطاقات التخفيض هي: تلك البطاقات التي يُمنح صاحبها حسمًا من أسعار سلع وخدمات مؤسسات وشركات، محددة مدة صلاحية البطاقة. انظر: الحوافز التجارية التسويقية للدكتور خالد المصلح ص ١٥٥.

(٣) انظر: الحوافز التجارية التسويقية للدكتور خالد المصلح ص ١٨٢، ١٨٣.

(٤) انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة ص ٤٧ - ٥٠.



رقم القاعدة: ١٠٣٢

نص القاعدة: التَّبَرُّعَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التبرع لا يتم إلا بالأداء[٢].

٢- التبرع إنما يتم بالتسليم[٣].

٣- التبرع لا يلزم قبل اتصاله بالقبض[٤].

٤- كل عقد معروف يفتقر إلى الحوز[٥].

٥- كل ملك انتقل بغير عوض فلابد من حيازته[٦].

٦- الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة[٧].

---

(١) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٣٠٦/٢، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٤٨١/١. ووردت في المجلة العدلية، المادة: ٥٧، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٩ بلفظ: " لا يتم التبرع إلا بالقبض".

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١٦١/٤، فتح القدير لابن الهمام ٢٢١/٧.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٢٦٧/٦.

(٤) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٠٤/٣. ووردت في الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤٨/٤ بلفظ: "التبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض"، وفي حاشية الرملي على أسنى المطالب ٣٣١/٢ بلفظ: "التبرع لا يلزم إلا بالقبض".

(٥) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٣٥/١.

(٦) عدة البروق في الفروق للونشريسي ص ٥٨١.

(٧) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٦٩، فتح العلي المالك لعليش ٢١٨/١.

قواعد ذات علاقة :

١- الصلات لا تتم إلا بالقبض[١]. (أعم).

٢- الصلات لا تملك بأنفسها بل بقرينة تنضم إليها[٢]. (أعم).

٣- ما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض[٣]. (أعم).

٤- القبض مقرر للملك[٤]. (مكملة).

٥- ما على المحسنين من سبيل[٥]. (مكملة).

٦- الهبة لا تتم إلا بالقبض[٦]. (أخص).

٧- الصدقة لا تتم إلا بالقبض[٧]. (أخص).

٨- الرهن[٨] لا يتم إلا بالقبض[٩]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩٥/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦/٤. ووردت في المبسوط ١٨٤/٥، بلفظ: "الصلات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها".

(٣) المنثور للزركشي ٤٠٦/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٦٥/٦.

(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المبسوط للسرخسي ٧٠/١٢، التمهيد لابن عبد البر ٢٤٤/٧، ووردت في المنثور ٤٠٨/٢ بلفظ "الهبة لا تملك إلا بالقبض"، ووردت في شرح منتهى الإرادات ٦٣٤/٣ بلفظ: "الهبة لا تلزم قبل القبض". وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الهبة لا تلزم إلا بالقبض".

(٧) المبسوط ٣٥/١٢، العناية للبابرتي ٥٦/٩.

(٨) الرهن عند الحنفية يعتبر تبرعًا من الراهن في الأصل، لكنه ينقلب معاوضة انتهاء كالقرض. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٧٧/٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٩٧/٢، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٢٩٩، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٤١٩/١.

(٩) المبسوط ١٦٦/١٦، ١٢٦/٢١، البحر الرائق لابن نجيم ٢٦٩/٨ ولفظه: "إلا بالتسليم"، ووردت في شرح مختصر خليل للخرشي ٢٤٥/٥ بلفظ: "الرهن لا يتم إلا بالحوز". وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " لا يلزم الرهن إلا بالقبض".

٩- القرض لا يملك إلا بالقبض[١]. (أخص).

شرح القاعدة:

التبرع هو: تمليك المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل من غير مقابل[٢]؛ كالهبة والإعارة، ويكون المقصود به البر والمعروف غالبا.

والمقصود بالتمام في القاعدة هو: عدم ترتب آثار العقد من انتقال الملك، وجواز التصرف في المعقود عليه، وإباحة الانتفاع، ونحو ذلك.

والعقود في الشريعة الإسلامية تنقسم من حيث تبادل الحقوق إلى عقود معاوضات وعقود تبرعات، ويطلق عليهما عقود التمليكات، أي التي يقصد بها تمليك عين المال أو منفعته، والأصل في هذه العقود أنها تتم وتثبت أحكامها بمجرد الإيجاب والقبول، ويتولد عن ذلك التزام يوجب التقابض، غير أن عقود التبرعات لا تعتبر تامة إلا إذا حصل التقابض فيها، وهو موضوع القاعدة. وتعرف هذه العقود عند الحقوقيين بالعقود العينية، أي التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين.

ومعنى القاعدة: أن عقود التبرعات من الهبة والصدقة والعارية وغيرها لا تعتبر تامة بمجرد حصول الإيجاب والقبول، بل لا بد فيها من القبض وتسليم العين التي هي محل العقد، ويكون العقد اللفظي قبل ذلك عديم الأثر، ولا يحصل المقصود منه، فلا يتم الملك للمتبرع له إلا بالقبض، فإن أراد المتبرِّع إلغاء تبرّعه وردّه قبل إقباضه كان له ذلك، ولا يجوز إجباره على إتمام تبرّعه؛ لأنه محسن، و«ما على المحسنين من سبيل»، وكذلك إن طرأ مانع قبل القبض

---

(١) المنثور ٢/٤٠٦، ٤٠٧.

(٢) انظر: الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص ٤٣٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/٦٥.

بطل التبرع؛ كما إذا توفي المتبرِّع قبل القبض بطل تبرعه، وأصبح المتبرَّع به حقًا للورثة.

ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعا ابتداء وانتهاء، كالهدية والصدقة، وبين ما كان تبرعا ابتداء، معاوضة انتهاء، كالقرض، والهبة بشرط العوض، والرهن، فإن القبض شرط لتمام جميعها[(١)].

والقاعدة مقيدة عند المالكية بالتبرعات الحاصلة في الصحة دون المرض المتصل بالموت؛ فلا يشترط القبض في تمام تبرعات المريض؛ لأنها تأخذ حكم الوصية[(٢)]، وقد نص على ذلك الدسوقي بقوله: «الوقف في المرض وكذا سائر التبرعات فيه تنفذ من الثلث، ولا يشترط فيه حوز، وله إبطاله، وإنما يشترط الحوز في التبرعات الحاصلة في الصحة، فإن حصل الحوز قبل المانع صح التبرع، وإلا فلا»[(٣)]. وخالف في ذلك الحنفية فقالوا: من «وهب في مرضه، ولم يسلّم حتى مات بطلت الهبة؛ لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث، فهو هبة حقيقة، فيحتاج إلى القبض»[(٤)]. أي أنه يأخذ حكم الهبة ابتداء، فيلزم فيها القبض، وحكم الوصية انتهاء؛ لكونها في مرض الموت، وتكون من الثلث بعد الدين[(٥)]. أما الحنابلة فجعلوا إنفاذ تبرع المريض معلقًا بإجازة الورثة إذا مات قبل إقباضه؛ قال ابن رجب: «العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فالورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية»[(٦)].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٢٩٩، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١/٤١٩. وانظر أيضًا المدخل الفقهي العام ١/٦٤٠.

(٢) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢/٢٨٧.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٧٨.

(٤) رد المحتار لابن عابدين ٥/٧٠٠. وانظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٢/٨٨.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٠٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٢٩.

(٦) القواعد لابن رجب ص ٣١٨، وانظر: الإنصاف ٧/١٢٤.

ومجال هذه القاعدة واسع يشمل عقود التبرعات بجميع أنواعها، وقد حصرها الزرقا في خمسة عقود[١]: الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن، وزاد الشلبي عليها: الصدقة[٢]. وزاد عليها المالكية صوراً أخرى فبلغت سبعة عشر، وقد ذكرها القرافي نقلا عن ابن بشير من المالكية فقال: «سبع عشرة مسألة لا تتم إلا بالقبض: الرهن والحبس والصدقة والهبة والعمرى والعطية والنحلة والعرية والمنحة والهدية والإسكان والعارية والإرفاق والعدة والإخدام والصلة والحباء»[٣]. وبعضها تدخل في بعض.

والقاعدة محل إعمال عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وغيرهم من حيث الجملة[٤]، فالتبرع لا يتم عندهم قبل القبض، إلا أنهم مختلفون في مفهوم التمام ما بين موسع ومضيق، فمنهم من لم يرتب على العقد أي أثر من آثاره، وجعل عدم القبض مانعًا من صحته أصلا، أو مانعًا من انتقال الملك، ومنهم من رتب عليه بعض الآثار دون بعض، وجعل عدم القبض مانعًا من استقرار الملك، أو مانعًا من لزوم العقد، وعليه فمعنى تمام العقد يختلف من مذهب إلى آخر على التفصيل الآتي:

الأول: التمام بمعنى: انتقال الملك واللزوم في العقود التي تؤول إلى اللزوم، فذهب الحنفية إلى أن «الملك لا يحصل بعقد التبرع قبل التسليم»[٥]، فالقبض لا بد منه لثبوت الملك في الهبة[٦]، وغيرها من التبرعات، وكذلك

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٤١٩/١.

(٢) انظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ص٥٧٠.

(٣) الذخيرة للقرافي ١٠٢/٨، وانظر: الفواكه الدواني ١٥٤/٢، منح الجليل ٤٣٤/٥ -٤٣٥.

(٤) انظر: المبسوط ٩٣/٨، بدائع الصنائع ١٢٠/٦، بداية المجتهد ٤٢٣/٢، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٤٧/١، ٤٣٤، المهذب للشيرازي ٤٤٧/١، المنثور للزركشي ٤٠٦/٢.

(٥) المبسوط ١٧٨/١٧. ووردت في البحر الرائق ٢١٧/٢ بلفظ: "التمليك في التبرعات لا يحصل إلا بالقبض".

(٦) انظر: الهداية مع العناية ١٩/٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٩١/٥.

«عقد التبرع لا يلزم بنفسه ما لم يتصل به القبض»[١]. ووافقهم الشافعية على ذلك فقالوا: «لا تلزم الهبة والصدقة، ولا يحصل الملك فيها إلا بالقبض»[٢]، وقال الزركشي: «ما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض، كالرهن لا يلزم من جهة الراهن إلا بإقباضه، وكذلك الهبة لا تملك إلا بالقبض على المذهب، وتكون الزوائد قبله للواهب، وكذا القرض لا يملك إلا بالقبض في الأصح»[٣].

وأما الحنابلة فبينهم خلاف في ذلك، والحكم يختلف عندهم من عقد إلى عقد، كما يظهر ذلك من قول العلامة ابن رجب الحنبلي في القواعد: النوع الثاني، من العقود: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالوصية والهبة والصدقة، فأما الوصية فيثبت فيها الملك قبل القبض، وأما الهبة فتملك بالعقد بمجرده، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص؛ أنها لا تملك بدون القبض[٤]، إلا أن المعتمد عندهم في باب الهبة أنها: «تصح بالعقد، وهل يملكها به؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يملكها به، وهو الصحيح»[٥]، أما اللزوم فلهم في ذلك قولان أيضًا؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «التبرعات: كالهبة والعارية، فمذهب أبي حنيفة والشافعي أنها لا تلزم إلا بالقبض، وعند مالك تلزم بالعقد، وفي مذهب أحمد نزاع»[٦]، إلا أن الذي استقر عليه المذهب الحنبلي هو أن القبض شرط للزوم في التبرعات، كما نصوا على ذلك في الهبة[٧]، قال البهوتي: «تصح الهبة بعقد، وتملك العين الموهوبة بعقد، أي:

---

(١) المبسوط للسرخسي ٩٣/٨.
(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٦٣/٣.
(٣) المنثور للزركشي ٤٠٦/٢، ٤٠٧.
(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٨٣.
(٥) تصحيح الفروع للمرداوي ٦٤٢/٤.
(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧١/٣١.
(٧) انظر: الإنصاف للمرداوي١١٩/٧، كشاف القناع للبهوتي٣٠١/٤، مجلة الأحكام الشرعية م/٨٩٩، ص٣١٣.

إيجاب وقبول، فالقبض معتبر للزومها واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها»[١].

الثاني: التمام بمعنى كمال الملك واستقراره، فالمالكية يقصدون بالتمام في القاعدة، وما تفرع عنها من الضوابط كقولهم: «لا تتم الهبة إلا بحوزها»[٢] - كمال الملك واستقراره ونفوذه؛ قال أبو الحسن المالكي: «الحوز في الهبة شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم»[٣]، أما انتقال الملك فهو يحصل عندهم بمجرد العقد؛ كما في حاشية الصاوي: «كل معروف فإنه يملك بالعقد، ولكن لا يتم ذلك إلا بالقبض»[٤]. وكذلك اللزوم؛ كما في فتاوى عليش: «التبرع يلزم المتبرع بالقول»[٥]. وفائدة ذلك أن التبرع يبطل بوجود مانع قبله؛ لعدم كمال الملك؛ كما صرح بذلك الحطاب: «الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة، ويبطل بالموت والفلس قبلها»[٦]. وفي هذا تنصيص أيضًا على أن القبض المعتبر لتمام التبرع هو ما كان قبل حصول المانع، أما القبض بعد وجود المانع فلا يعتد به، والمانع هو الموت، والجنون، والمرض المتصل بالموت، والفلس[٧].

الثالث: التمام بمعنى الصحة؛ فذهب الإمامية إلى أن القبض شرط في صحة التبرع؛ فلا يترتب عليه أحكامه قبل حصوله؛ قال كاشف الغطاء: «هذه القاعدة تكاد تكون إجماعية عند فقهاء الإمامية، ولا تختص بالهبة بل تعم جميع

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٤٣٠.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٥٥. وهو ما قرره ابن عبد البر بقوله في التمهيد ٧/ ٢٣٨: "تصح الهبة عنده - أي الإمام مالك - بالقول، وتتم بالقبض".

(٣) كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٢/ ٢٥٦.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/ ٢٩٥.

(٥) فتح العلي المالك لعليش ٢/ ٢٨١.

(٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٦٩. وانظر: فتح العلي المالك لعليش ١/ ٢١٨، والنوازل الكبرى للوزاني ٨/ ٦٠٦.

(٧) انظر: الفواكه الدواني ٢/ ١٥٤، كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٢/ ٢٥٥.

العقود المجانية كالصدقات بأنواعها، حتى الوقف وأخواته كالسكنى والعمرى والرقبى، وهو عندهم شرط في الصحة، لا في اللزوم، فلو وهب عينًا فلا أثر لهبته ما لم يقبض، ويكون العقد بدون القبض لغوًا»[١].

وأما الظاهرية فلا يلزم عندهم القبض لتمام التبرع، بل مجرد العقد يكفي عندهم للزوم التبرع وتمامه واستقراره، فصرح ابن حزم بأن من تلفظ بالهبة أو الصدقة أو غيرهما فقد عقد عقدًا لزمه الوفاء به، ولا يفتقر لزومه إلى القبض، ولا يبطل بموت الواهب، أو المتصدق، أو الموهوب له، أو المتصدق عليه[٢].

أدلة القاعدة:

١- ما روته عائشة، رضي الله عنها، أن أبا بكر، رضي الله عنه، نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية فلما مرض، قال: يا بنية، ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أحد أعز علي فقرا منك، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا، ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث، أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل[٣]. «فأخبر أبو بكر الصديق، رضي الله عنه، أنها لو قبضت ذلك في الصحة تم لها ملكه، وأنها لا تستطيع قبضه في المرض قبضا تتم لها به ملكه، وجعل ذلك غير جائز، كما لا تجوز الوصية لها، ولم تنكر ذلك عائشة، رضي الله عنها، ولا سائر أصحاب رسول الله ﷺ»[٤]، «وفيه دليل على أن الهبة لا يحصل بها الملك ما

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٦٩، ١٧٠.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٦٢ - ٧١.

(٣) رواه مالك في الموطأ ٢/٧٥٢ (٤٠)، وعبد الرزاق في المصنف ٩/١٠١ (١٦٥٠٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٤٢١ (١٢٤٨٧).

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/٣٨٠.

لم يتصل بها القبض من الموهوب له»[١]. ويقاس عليها غيرها من عقود التبرعات.

٢- لأن عقد التبرع لو تم بدون حيازة، لثبت للمتبرع عليه حق مطالبة المتبرِّع بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع، وفيه تغيير للمشروع، وذلك غير جائز؛ إذ العقود لا تثبت أحكامها ومقتضياتها إلا بحكم الشارع[٢].

٣- لأن عقد التبرع سبب ضعيف في نفسه، والملك الثابت للمتبرِّع سبب قوي، فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به[٣].

٤- قاعدة: «الصلات لا تتم إلا بالقبض» وأدلتها[٤]، فدليل الأصل دليل لفرعه.

واحتج من قال باللزوم بمجرد العقد بعموم قول الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء: ٣٤]، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [سورة محمد: ٣٣]، فمن تلفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملا، وعقد عقدًا لزمه الوفاء به، ولا يحل له إبطاله[٥]، وأما من جهة القياس فقالوا: «هذا عقد فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه، كسائر العقود»[٦]، وجوابه أن الآيات

---

(١) شرح السنة للإمام البغوي ٣٠٣/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٢٠/٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٩٨/٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٩. وانظر أيضًا: المبسوط ٦٥/١٢.

(٣) انظر: المبسوط ٤٨/١٢.

(٤) المبسوط ١٩٥/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٧١/٨، المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٠٨/٦.

(٦) المنتقى شرح الموطأ ١٠٨/٦.

عامة، وما استدل به الجمهور خاص، و«الخاص مقدم على العام «على ما تقرر في علم الأصول. وأما القياس فهو في مقابلة النص[١]، وهو غير معتبر.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كانت العرية بيد المعطي ويقوم بسقيها فالزكاة عليه؛ لأنها لم تخرج عن ملكه قبل القبض، أما إذا كانت بيد المعرى يقوم عليها فالزكاة عليه؛ لكمال ملكه بالحوز[٢].

٢- لو وهب شخص مالا لآخر فما لم يقبضه الموهوب له، لا يحق له أن يتصرف بذلك المال؛ لأنه لم يدخل في ملكه، إذ التبرع لا يثبت الملك فيه إلا بالقبض[٣].

٣- إذا وهب الزوج لزوجته شيئًا في حياته ثم مات قبل أن تحوزها الزوجة بطلت الهبة، وأصبحت ميراثًا تورث عنه[٤].

٤- من وقف مسجدًا أو قنطرة أو ما أشبه ذلك ولم يخل بينها وبين الناس، ولم يزل واضع اليد عليه إلى أن أفلس فإنه يبطل حبسه؛ وذلك لأن حوز المساجد والقناطر والآبار ونحوها يكون برفع يد المحبس عنها، وتخليته بينها وبين الناس، فإذا لم يحصل ذلك قبل وجود المانع بطل الحبس؛ لأنه تبرع، والتبرع لا يتم إلا بالحوز[٥].

---

(١) انظر: هذه النصوص في أدلة قاعدة: " الصلات لا تتم إلا بالقبض ".
(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/٢١٠.
(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٥٧.
(٤) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٤.
(٥) انظر: التـاج والإكليـل ٧/٦٣٨، منح الجليل ٨/١٢٥، ١٢٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٨٤.

٥- إذا مات المتصدِّق قبل أن تحاز عنه الصدقة فهي ميراث؛ لبطلانها بالموت قبل تمامها بالحوز[١].

٦- تبطل العرية - وهي هبة ثمرة النخيل - إذا حصل لمعريها مانع كإحاطة دين أو جنون أو مرض متصلين بموته قبل الحوز لها؛ لأنها عطية لا تتم إلا بالحوز[٢].

٧- لو وهب شيئًا في صحته، وأقبضه في مرضه اعتبر من الثلث؛ لأن الهبة تبرع لا يتم إلا بالقبض، فإذا لم يحصل القبض إلا في المرض كان لها حكم الوصية، فتخرج من الثلث[٣].

٨- لو عدل شخص - بعد أن أخرج نقودًا بيده ليعطيها فقيرًا ووعده بها ولم يسلمها إليه - عن إعطائه إياها، فلا يجبر على التسليم؛ لأن التبرع لا يتم إلا بالقبض[٤].

٩- إذا وهبت الأم ما تملكه من أسهم في شركة تجارية لولدها، فلم يقم الولد بنقل الأسهم الموهوبة له إلى ملكه الخاص حتى ماتت الأم فالهبة باطلة؛ لأن الهبة لا تملك إلا بالقبض، وتبطل بالموت قبله، فتصبح الأسهم من جملة تركة تلك الأم المتوفاة، إلا إذا رضي الورثة كلهم بإمضاء الهبة.

---

(١) انظر: الفواكه الدواني ٢/١٥٤، فصول الأحكام للباجي ص ١٩٤.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/١٨١، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/١٨٩.

(٣) انظر: الحاوي للماوردي ٧/٥٥٢، أسنى المطالب ٣/٣٧، كشاف القناع ٤/٣٢٤، مطالب أولي النهى ٤/٤٢٣، شرح الأزهار ٣/٤٣٧.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٥٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٢٠.

استثناءات من القاعدة :

١- الوصية – مع كونها من التبرعات – تتم بدون قبض، فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له، تتم الوصية، ويصبح المال ملكًا له بلا حاجة إلى تسليم؛ لأن الشخص المنشئ للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم؛ وذلك لأن الوصية بنيت على التسامح، والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها؛ تسهيلا لأعمال البر والخير[١].

٢- إذا وهب الأب أو من يقوم مقامه لابنه الصغير شيئا، ملكه الابن بالعقد، وتتم الهبة من دون حاجة إلى قبض الابن، لأن الموهوب في قبض الأب، وهو نائبه في ذلك، فيقوم مقامه[٢]، قال ابن عبد البر: «أجمع الفقهاء على أن عطية الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج فيها إلى قبض»[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: العناية ٢١/٩، المدخل للزرقا ٤٢٠/١ شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٠٧، المنثور في القواعد ٢٠٥/٢، القواعد لابن رجب ص ٧٦.

(٢) تبيين الحقائق ٩٥/٥، مجمع الأنهر ٣٥٧/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢٥٨/٢، المغني ٣٨٦/٥، شرح النيل لأطفيش ١١/١٢.

(٣) التمهيد ٢٤١/٧.

رقم القاعدة: ١٠٣٣

نص القاعدة: الصِّلَاتُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الصِّلات لا تملك إلا بالقبض[٢].

٢- ما يستحق بطريق الصِّلة لا يتم فيه الملك قبل القبض[٣].

٣- الصِّلات لا تتم إلا بالتسليم[٤].

٤- تمام الصِّلة يكون بالقبض[٥].

٥- الصِّلات[٦] إنما تملك حقيقة بالقبض[٧].

قواعد ذات علاقة:

١- الصلات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها[٨]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩٥/٥.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٦/٣، البحر الرائق لابن نجيم ٢٤٨/٧. ووردت في الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٣٠٠/١، رد المحتار لابن عابدين ٤١٧/٤ بلفظ: "الصلة لا تملك قبل القبض".
(٣) المبسوط ٤١/٣.
(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٩٠/٣.
(٥) المبسوط ٢٢٧/٤. ووردت في شرح السير الكبير للسرخسي ١٦٣٣/٤ بلفظ: "تمام الصلة بالقبض".
(٦) وردت في المطبوع بلفظ: "الغلات"، وصوابه في الحاشية التي عليها لابن عابدين.
(٧) الدر المختار للحَصكفي مع رد المحتار ٤٧٣/٤.
(٨) المبسوط للسرخسي ١٨٤/٥.

٢- الصلات تبطل بالموت قبل القبض[١].(أخص).

٣- التبرع لا يتم إلا بالقبض[٢].(أخص).

٤- الواجب على طريق الصلة يسقط بمضي الزمان[٣]. (أخص).

٥- لا رجوع في الصلات بعد الموت[٤]. (مكملة).

٦- القبض مقرر للملك[٥]. (أعم).

٧- ما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض[٦]. (عموم وخصوص وجهي).

٨- الهبة لا تتم إلا بالقبض[٧].(أخص).

شرح القاعدة :

المقصود بالصلة في القاعدة هو: «بذل مال شرعه الشارع من غير أن يكون عوضًا لشيء»[٨]. فهي تشمل كل مال شرع بذله على سبيل المواساة والبر، دون

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٣٩٤/٤، فتح القدير لابن الهمام ٣٩٦/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ٦٠/١٧، الدرر شرح الغرر للملا خسرو٣٠٦/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦/٤.

(٤) الهداية للمرغيناني ٢٨٨/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٧/٤.

(٥) المبسوط للسرخسي ٦٥/٦.

(٦) المنثور للزركشي ٤٠٧/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المبسوط للسرخسي ٧٠/١٢، التمهيد لابن عبد البر ٢٤٤/٧. ووردت في معجم القواعد الفقهية الإباضية برقم: ٣٢٤، ص٥٦٢ بلفظ: "الهبة لا تثبت إلا بالقبض". وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: " الهبة لا تلزم إلا بالقبض".

(٨) حاشية الشلبي على التبيين ٥٦/٣. وفي العناية للبابرتي ١٥٤/٣: "الصلة: عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالي ".

أن يكون في مقابلته عوض مالي؛ سواء أكان واجبًا؛ كنفقة القريب، أم مستحبا؛ كالهدية والصدقة.

وهو مصطلح شاع استعماله بين الحنفية، يقول الكاساني عن الزكاة: «الزكاة وجبت بطريق الصلة، والصلات تسقط بالموت قبل التسليم»[(١)]، ويقول السرخسي عن النفقة: «نفقة الأقارب استحقاقها بطريق الصلة، فتكون على الموسرين دون المعسرين»[(٢)]، ويقول عن الميراث والصداق: «الميراث صلة شرعية، والصداق للمرأة في معنى الصلة أيضًا من وجه»[(٣)]. بينما الجمهور يعبرون عن هذا المعنى بالمواساة، وما بني على الرفق.

ومعنى القاعدة: أن كل من لزمه حق مالي على سبيل الصلة والمواساة؛ كنفقة القريب أو الدية في العاقلة، أو التزم بنفسه حقّا ماليًّا؛ كالصدقة والهبة - فإنه لا ينتقل ملكه إلى مستحقه، ولا تترتب آثار الملكية عليه من جواز التصرف ووجوب الحقوق المالية من الزكاة وغيرها إلا بالقبض؛ لأن الصلة لا تتم إلا به، فإذا تراخى القبض عن العقد أو وقت الاستحقاق حكم بانتقال الملك من حين القبض، لا من حين العقد أو الاستحقاق.

والصلة قد تكون صلة من كل وجه؛ كنفقة الأقارب، والهبة ونحوهما، وقد تكون صلة من وجه دون وجه؛ كالصداق، فهو صلة من وجه، من حيث إنه لا مالية لما يقابله من كل وجه، وعوض من وجه من حيث إنه ملك بمقابلة شيء[(٤)]، فما كان صلة من كل وجه لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض، وما كان

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥٣/٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٢٤/٥.

(٣) المبسوط ٤١/٣.

(٤) انظر: المبسوط ٧٤/٥، البحر الرائق لابن نجيم ١٥٣/٣. وقد قرر ابن رشد في المقدمات الممهدات ٤٦٨/١ أن أصل الصداق نحلة فقال: "الصداق نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهن، لا عن عوض الاستمتاع، ولهذا لم يفتقر عقد النكاح إلى تسمية صداق، ولو كان الصداق ثمنا للبضع=

صلة من وجه دون وجه فهو يأخذ حظه من الشبهين؛ فالصداق لشبهه بالعوض يملك بالعقد، ولا يسقط بالموت، ولشبهه بالصلة لا يتم الملك فيه إلا بالقبض؛ وذلك لأن «الشيء إذا أشبه شيئين يوفر عليه حظهما»[(١)].

ويترتب على عدم انتقال الملك قبل الحيازة أن الصلات الواجبة تسقط بالأعذار إذا لم تقبض؛ فتسقط بالموت؛ كما هو مقرر في قاعدة: «الصلات تبطل بالموت قبل القبض»، وبالتلف أحيانا؛ قال ابن قدامة: «الزكاة تسقط بتلف المال، إذا لم يفرط في الأداء؛ لأنها تجب على سبيل المواساة، فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال»[(٢)]، وقد تسقط بمضي الزمان؛ كما قال الكاساني: «حكم الواجب على طريق الصلة؛ أنه يسقط بمضي الزمان كنفقة الأقارب»[(٣)]؛ قال تقي الدين الحصني: «لو ترك الإنفاق على قريبه حتى مضى زمان لم تصر دَينا؛ لأنها شرعت على سبيل المواساة»[(٤)].

والقبض الذي ينتقل به الملك يختلف بحسب اختلاف المقبوضات، فإن كان مكيلا أو موزونا فقبضه بالكيل أو الوزن، وإن كان معدودًا أو مذروعًا فقبضه بالعد أو الذرع، وإن كان عقارًا فقبضه بالتخلية، كما هو مقرر في صياغة قاعدة: «قبض كل شيء بحسبه»[(٥)].

= حقيقة، لما صح النكاح دون تسمية، كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثمن". وانظر: البيان والتحصيل له أيضًا ٤/٢٦٣.

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٤٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٦. وهذا في غير الصلات التي هي من حقوق الله تعالى، قال الجصاص في أحكام القرآن ٣/٣٧٠: "سائر الحقوق الواجبة في الأموال نحو الزكاة وصدقة الفطر والعشر ونحوها لا يسقطها مضي الأوقات ".

(٤) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحصني ١/٤٤٠. وانظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٢١١، ٢١٢.

(٥) المغني لابن قدامة ٤/٧٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

والقاعدة لم نقف عليها بنصها إلا عند الحنفية، وهم أكثر من توسع في إعمالها، فهي مطردة عندهم في كل ما كان من باب الصلات، فيشترط القبض لتمامه وانتقال ملكيته، إلا أن التعليل بمفهومها وارد عند كثير من الفقهاء من حيث الجملة، وخاصة فيما كان من باب التبرعات[١]، كما هو مبين في قاعدة: «التبرع لا يتم إلا بالقبض»[٢]، لكنها محل خلاف واسع في تطبيقها عندهم، ويتبين ذلك من الخلاف الذي ذكره العلامة ابن رجب الحنبلي في فروع القاعدة عند الحنابلة فقال: «النوع الثاني، من العقود: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالوصية والهبة والصدقة، فأما الوصية فيثبت فيها الملك قبل القبض، وأما الهبة فتملك بالعقد بمجرده[٣]، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا تملك بدون القبض»[٤].

ويقول في موضع آخر: «اعلم أن كثيرًا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرًا للزومها واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها...ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطًا للصحة... قال -أي المجد ابن تيمية- في الشرح[٥]: مذهبنا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض؛ وفرّع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر، والعبد موهوب لم يقبض، ثم قبض وقلنا يعتبر في هبته القبض ففطرته على الواهب...

---

(١) كما يتبين ذلك من ورود تطبيقات القاعدة في مختلف المذاهب، ومن نقل بعضهم اتفاق عامة العلماء على بعض الفروع، كقول الكاساني في بدائع الصنائع ١٢٣/٦ عن الصدقة: "القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء، خلافًا لابن أبي ليلى وبعض أهل الكوفة".

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٠/١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) فرق الحنابلة بين اللزوم وانتقال الملك في الهبة ونحوها، فاللزوم لا يكون إلا بالقبض، أما الملك فينتقل بمجرد العقد على القول المعتمد في المذهب، كما قال البهوتي في شرح منتهى الإرادات ٤٣٠/٢: "تصح الهبة بعقد، وتملك العين الموهوبة بعقد، أي: إيجاب وقبول، فالقبض معتبر للزومها واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها".

(٤) القواعد لابن رجب ص ٨٣. (بتصرف).

(٥) أي شرح الهداية.

وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقان:

إحداهما: لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة، وهي طريقة المجرد والمبهج ونص عليه أحمد في مواضع.

والثانية: أنه في المبهم لا يملك بدون القبض، بخلاف المعين فإنه يملك فيه بالعقد، وهي طريقة القاضي في خلافه وابن عقيل في مفرداته والحلواني وابنه، إلا أنهما حكيا في المعين روايتين كالهبة.

وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض إذا عينه الإمام بغير خلاف - في المذهب - صرح به الحلواني وابن عقيل وغيرهما.

وأما العارية فلا تملك بدون القبض إن قيل إنها هبة منفعة، وخرج القاضي فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد؛ كهبة الأعيان، وتلزم إذا كانت مؤقتة. وإن قيل هي إباحة فلا يحصل الملك فيها بحال، بل يستوفى على ملك المالك؛ كطعام الضيف»(١). وقد ذكر السيوطي نحوًا من هذا الخلاف عند الشافعية في فصل عقده بعنوان: «القول في الملك»(٢).

والقاعدة مجالها واسع يشمل كل مال استحق على سبيل الصلة والمواساة من العبادات؛ كالزكاة والصدقة، ومن المعاملات؛ كنفقة القريب، وعقود التبرعات بجميع أنواعها.

أدلة القاعدة:

١- ما رواه شهر بن حوشب عن أبي سعيد قال: «نهى النبي ﷺ عن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض»(٣). قال

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٧١، ٧٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٧- ٣٢٥.

(٣) جزء من حديث رواه أحمد ١٧/ ٤٧٠ (١١٣٧٧)، وابن ماجه ٢/ ٧٤٠ (٢١٩٦).

الشوكاني: «قوله ﷺ: (وعن شراء المغانم) مقتضى النهي عدم صحة بيعها قبل القسمة؛ لأنه لا ملك - على ما هو الأظهر من قول الشافعي وغيره- لأحد من الغانمين قبلها، فيكون ذلك من أكل أموال الناس بالباطل. وقوله: (وعن شراء الصدقات) فيه دليل على أنه لا يجوز عليه بيع الصدقة قبل قبضها؛ لأنه لا يملكها إلا به»[(١)].

٢- حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهو لك». قالت: فكان كما قال رسول الله ﷺ، وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة[(٢)].

فالحديث صريح على أن المتبرع له إذا لم يقبض النحلة لا يتم العقد، ولا تدخل في ملكه، بل تبقى على ملك صاحبها، وله استردادها والرجوع فيها[(٣)]، ويقاس عليها غيرها من عقود التبرعات.

٣- إجماع الصحابة على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة محوزة، فقد روي ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وابن عباس، رضي الله عنهم أجمعين، ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف[(٤)].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٧٧-١٧٨.

(٢) رواه أحمد ٤٥/٢٤٦ (٢٧٢٧٦)، والطبراني في الكبير ٢٥/٨١ (٢٠٥)، والحاكم في المستدرك ٢/٢٠٥ (٢٧٦٦)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتعقبه الذهبي بقوله: منكر، ومسلم الزنجي ضعيف. وقال الهيثمي في المجمع ٤/١٤٨: وفيه مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عقبة لم أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٣) انظر: الحاوي للماوردي ٧/٥٣٥، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢٦٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٣، الحاوي للماوردي ٧/٥٣٥، المغني ٥/٣٧٩، كشاف القناع ٤/٣٠١.

ويقاس على الهبة غيرها من عقود التبرعات التي مبناها على البر والإحسان.

٤- عمل الخلفاء الراشدين والصحابة: ومن ذلك ما روته عائشة، رضي الله عنها، أن أبا بكر رضي الله عنه، نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية فلما مرض، قال: يا بنية، ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أحد أعز علي فقرا منك، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا، ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث، أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل[١]. وما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قضى في الأنحال: «ما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض منه فهو ميراث»[٢]. ويقاس على الهبة غيرها من العقود التي مبناها على البر والإحسان.

٥- لأن الصلة والتبرع سبب ضعيف في نفسه؛ لتعريه عن العوض، فلا يوجب الملك ولا يفيد الحكم حتى يتقوى بالقبض[٣]؛ وعن هذا قال الفقهاء: «الصلات لا تملك بأنفسها بل بقرينة تنضم إليها»[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- لا يجوز للفقير الذي تسلَّم سندًا بنصيبه من الصدقة من جهة تتولى توزيعه أن يبيعه قبل القبض؛ لأن «الصدقة لا تملك بدون

---

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ ٧٥٢/٢(٤٠)، وعبد الرزاق في المصنف ١٠١/٩ (١٦٥٠٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٢١/٦ (١٢٤٨٧).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٢١/٥، والبيهقي في الكبرى ١٧١/٦ (١٢٣١١).

(٣) انظر: المبسوط ٦١/٥، كشف الأسرار ٢٧٠/١، ٦٩/٢، شرح التلويح ١٤٧/١.

(٤) بدائع الصنائع ٢٦/٤. وفي المبسوط ١٨٤/٥: "الصلات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها".

القبض»[١]؛ إذ هي من الصلات، وهي لا تتم إلا بالقبض[٢].

٢- لو أن رجلا أوصى لرجل بمبلغ من المال، فقَبِل الوصية، لكنه بعد موت الموصي تراخى في قبضها حتى حال الحول عليها قبل أن يقبضها فلا زكاة عليه فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الموصى به إنما يملكه الموصى له بطريق الصلة فلا يتم ملكه فيه إلا بالقبض[٣].

٣- لو أصدق المرأة مالا يبلغ نصابًا، ولم تقبضه إلا بعد سنين، فلا زكاة عليها لما مضى؛ لأن الصداق للمرأة في معنى الصلة من وجه؛ قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] أي عطية، وما يستحق بطريق الصلة لا يتم فيه الملك قبل القبض، ولا يترتب عليه أحكامه[٤].

٤- إذا عجل لزوجته نفقة السنة، ثم ماتت قبل مضي المدة لم يرجع على تركتها بشيء؛ لأن النفقة صلة اتصل بها القبض فتم ملكها، فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت[٥].

٥- لو وقع شيء من الغنيمة في سهم رجل لم يجز له التصرف فيها قبل قبضها؛ لأن «الملك للغازي في الغنيمة إنما يثبت بطريق الصلة، والصلات لا يتم الملك فيها إلا بالقبض»[٦].

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٨٥. وانظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٧٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص٢٤٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/١٨٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٣/٤١، ٤٢.

(٤) انظر: المبسوط٣/٤١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٩، ٣٠، الهداية مع العناية ٤/٣٩٤، ٣٩٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٦، ٥٧.

(٦) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٢٧٧.

٦- زوائد الهبة بعد العقد وقبل القبض تكون للواهب؛ لأن الهبة لا يتم الملك فيها إلا بالقبض[1].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المنثور ٢/٤٠٦، حاشية تحفة المحتاج ٧/١٠.

رقم القاعدة: ١٠٣٤

نص القاعدة: مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الإِبَاحَةِ يَسْتَوِي فِيهِ الغَنِيُّ والفَقِيرُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما كان طريقه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير[٢].

٢- كل قربة كانت على سبيل الإباحة استوى فيها الغني والفقير[٣].

٣- ما كان على وجه التبرع يستوي فيه الغني والفقير[٤].

٤- غير الزكاة من التطوع جائز للغني والفقير[٥].

قواعد ذات العلاقة:

١- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[٦].

---

(١) شرح السير للسرخسي ٢٠٩٧/٥ .
(٢) شرح السير للسرخسي ٢١٠٨/٥.
(٣) شرح السير للسرخسي ٢١٢٢/٥، قواعد الفقه للبركتي ص ١٠١.
(٤) قواعد الفقه للبركتي ص ١١٦.
(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٤٧/٢.
(٦) المبسوط للسرخسي ١٤٥/١١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- من سبق إلى مباح فهو أحق به[1]. (مقيدة).

٣- ما كان باقيًا على أصل الإباحة يستوي في الانتفاع به المستغني عنه والمحتاج إليه[2]. (قسيمة).

٤- الصدقة تجوز على الغني والفقير[3]. (متفرع).

٥- الوقف يستوي فيه الغني والفقير[4]. (متفرع).

شرح القاعدة:

المقصود بالإباحه في القاعدة: ما أباحه مالكه للغير وأذن له فيه.

ومراد الفقهاء من هذه القاعدة: أن ما تُبُرِع به للغير بإعطاء الرخصة والإذن المطلق في أخذه والانتفاع به من دون تخصيص أو تحديد بجنس الفقراء أو الأغنياء، فإنه يكون تبرعا على سبيل الإباحة لا على وجه التمليك، أي إن المتبرع قد جعل المتبرَّع به مشاعا لمن أراد أخذه والاستفادة منه ولم يملِّكه لشخص بعينه ولا لفئة بذاتها. ومن ثم يستوي في استحقاق ما أبيح ورخص فيه الغني والفقير، وذلك عملا بظاهر الإذن والإباحة المطلقة، إذ لو كان مقصود المتبرِّع الفقير دون الغني لحدد ذلك نصا، فإذ لم ينص على أنه خاص بالفقراء فإنه يشمل الأغنياء أيضًا إلا أن يدل العرف على تخصيصه بالفقراء عملا بالقاعدة: «مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف».

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٤٤٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ".

(٢) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٤/١١٨٧.

(٣) شرح النيل لأطفيش ١٢/٢٣٢.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/٤٥٢، وانظر: المهذب للشيرازي ١/٤٤٢.

وكلمة يستوي في القاعدة لا تفيد مطلق مدلولها بحيث يستوي الفقير والغني فيما كان على وجه الإباحة من كل وجه، وإنما ينبغي اعتبار قواعد أخرى لها علاقة بموضوع القاعدة التي بين أيدينا كقاعدة: «من سبق إلى مباح فهو أحق به»، أي أن التساوي إنما هو في جواز واستحقاق الأخذ، ولا يعني ذلك أنه إذا سبق أحد إلى أخذ ما أبيح أن يأتي غيره ليطالبه بقسمته بدعوى أنه مساو له فيه.

والقاعدة التي بين أيدينا إنما تتناول التسوية بين الغني والفقير فيما كان على وجه الإباحة مما هو من قبيل التبرع والتطوع، ولا تعلُّق لها بما هو واجب، لأن الواجب قد حدد الشارع مستحقيه ومصارفه فلزم الاقتصار على ما حدَّد. فلا يجزئ – مثلا – إعطاء الزكاة المفروضة لغني ولا يحل له أخذها؛ لأن الشارع الحكيم قد حدَّد مستحقيها؛ وهم الأصناف الثمانية المذكورين في قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴾ [التوبة: ٦٠]. «وأما غير الزكاة من التطوع فجائز للغني والفقير»[١].

وقد يعترض على دخول الغني في جواز أخذه وانتفاعه مما أبيح إباحة مطلقة، من جهة أن الصدقة مرتبطة بالحاجة والغني ليس من ذوي الحاجات، وأجيب بأن «الإعطاء بقصد التقرب صدقة، سواء كان لغني أو فقير... وصرح النووي في شرح المهذب بنفي الخلاف في ذلك، وبحصول الثواب في إعطاء الغني»[٢]. وأن «الصدقة تجوز على الغني والفقير»[٣]. وأنه لما أباح المتبرِّع المتبرَّع به دون تخصيص بالفقراء أو الأغنياء؛ أشبه ما كان من الأموال والمنافع

(١) مواهب الجليل للحطاب ٣٤٧/٢.

(٢) طرح التثريب في شرح التقريب لزين الدين العراقي ٣٨/٤.

(٣) وذهب ابن حزم إلى وجوب أخذ ما أعطي للمرء من غير سؤال ولا إشراف نفس، غنيًا كان أو فقيرًا، وفي ذلك يقول: "من أُعطي شيئًا من غير مسألة، ففرض عليه قبوله، وله أن يهبه بعد ذلك - إن شاء - للذي وهبه له، وهكذا القول في الصدقة والهدية وسائر وجوه النفع". المحلى ١٥٢/٩.

باقيًا على أصل الإباحة، أي غير داخل في ملكٍ محترم، و«ما كان باقيًا على أصل الإباحة يستوي في الانتفاع به المستغني عنه والمحتاج إليه».

لقد تفرع على هذه القاعدة العديد من الضوابط منها: «يستوي في الوصية لليتامى الغني والفقير»[(١)]، و«الوقف يستوي فيه الغني والفقير».

وهذه القاعدة كثيرة التطبيقات واسعة الانتشار معتبرة عند الفقهاء على اختلاف المذاهب وإن كانت صيغتها أكثر ورودًا في كتب الأحناف. ومجال تطبيقها التبرعات.

أدلة القاعدة :

١- عن عثمان أن النبي ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يُستعذب غير بئر رومة، فقال: «من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة» فاشتريتها من صلب مالي»[(٢)].

قال الزيلعي معلقًا على الحديث: «فإذا جاز للواقف أن يشرب منه فما ظنك بغيره من الأغنياء»[(٣)].

٢- قال الشافعي: «أخبرني محمد بن علي بن شافع قال أخبرني عبدالله بن حسن بن حسين عن غير واحد من أهل بيته، وأحسبه قال زيد بن علي، أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب، وأن عليًّا، رضي الله عنه، تصدق عليهم وأدخل معهم

(١) انظر: الأم للإمام الشافعي ١١١/٤، وهذا الضابط على رأي جمهور الفقهاء، انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥٨/٤٥.

(٢) علقه البخاري ١٠٩/٣ عقيب (٢٣٥٠)، ورواه أحمد ٥٥٨/١، ٥٥٩ (٥٥٥)، والترمذي ٦٢٧/٥-٦٢٨ (٣٧٠٣)، والنسائي ٢٣٥/٦، ٢٣٦ (٣٦٠٨)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٣) تبيين الحقائق ٣٣١/٣.

غيرهم»[١] ثم عقَّب على هذه الرواية بقوله: «وأخرج إلي والي المدينة صدقة علي بن أبي طالب، وأخبرني أنه أخذها من آل أبي رافع، وأنها كانت عندهم، فأمر بها فقرئت علي فإذا بها: تصدق بها على بني هاشم وبني المطلب وسمى معهم غيرهم. قال الشافعي: وبنو هاشم وبنو المطلب تحرم عليهم الصدقة المفروضة؛ ولم يسمِّ علي ولا فاطمة منهم غنيًّا ولا فقيرًا وفيهم غني»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا انقرض الذين سماهم الواقف للانتفاع بالوقف، صُرف إلى أقارب الواقف؛ لأنهم أحق الناس، وقيل: يرجع إلى المساكين؛ لأنهم مصارف الصدقات المفروضات كالزكوات والكفارات، والأول ظاهر المذهب الحنبلي، وظاهر كلام أحمد والخرقي أنه يرجع إلى الأغنياء والفقراء من أقاربه لأن الوقف يستوي فيه الغني والفقير[٣].

٢- قال الإمام مالك فيمن عطب هديُه التطوع قبل محله: «يرمي بقلائدها في دمها إذا نحرها ويخلي بين الناس وبينها، ولا يأمر أحدًا أن يأكل منها لا فقيرًا ولا غنيًّا، فإن أكل أو أمر أحدًا من الناس يأكلها أو يأخذ شيئًا من لحمها كان عليه البدل»[٤]، فعلق الشيخ الحطاب على قول الإمام بقوله: «ظاهر قوله في المدونة: (وخلى بين الناس وبينها) أنه

(١) الأم ٤/٥٦، ومن طريقه رواه البيهقي في الكبرى ٦/١٦١ (١٢٢٤٥).
(٢) الأم ٤/٥٦.
(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٤٥٢، وقد قال عقب هذا النص: "ويحتمل أن يختص الفقراء لأنهم مصرف الصدقات..." نفس الصفحة.
(٤) المدونة ١/٤١٥.

يجوز للغني والفقير تناول ذلك[١]، لأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٣- وقف المصحف في المسجد والكتب في المدارس يستوي في الانتفاع به الغني والفقير؛ لأن أهل العرف يريدون فيه التسوية بينهم، ولأن الحاجة داعية وهنا كذلك، فإن واقف الكتب يقصد نفع الفريقين، ولأنه ليس كل غني يجد كل كتاب يريده؛ خصوصا وقت الحاجة إليه[٢]، وما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٤- وقف سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك؛ يستوي فيه الغني والفقير؛ لأن أهل العرف يريدون بذلك التسوية بين الفقراء والأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول[٣]، ولأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٥- إذا تبرع صاحب أرض مجاورة لمسجد فجعلها موقفًا للسيارات والدراجات وغير ذلك مثلا، فيستوي الغني والفقير في الانتفاع بذلك الموقف؛ لأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٦- إذا حمى السلطان حمى، فإن كان عاما يستوي فيه الغني والفقير[٤]؛ لأن كل ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٧- «شجرة على طريق المارة جعلت وقفًا على المارة يباح تناول ثمرها

---

(١) مواهب الجليل للحطاب٣/١٩٢

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٣٦٦.

(٣) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/٢٠.

(٤) وإن كان خاصا بالفقراء، منع منه الأغنياء، انظر: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة ص ١١٧.

للمارة، ويستوي فيه الفقير والغني»[١]؛ لأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٨- التصدق بالمشاع جائز فيما ينقسم وما لا ينقسم؛ للشريك ولغيره، وللغني وللفقير[٢]؛ لأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

٩- التمر وغيره مما يعطى في المسجد للإفطار به يأخذه الغني والفقير[٣]؛ لأن ما كان على وجه الإباحة يستوي فيه الغني والفقير.

١٠- إذا وجد المسافر خابية ماء مسبَّل على الطريق؛ جاز له الشرب منه غنيًّا كان أو فقيراً[٤].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٢١، الفتاوى الهندية ٢/٤٧٧.
(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٩/١٥١.
(٣) انظر: شرح النيل لأطفيش ٥/٣٢٢.
(٤) انظر: المجموع للنووي ٢/٢٤٨.



فهرس المجلد السادس عشر

